Rechtsformen von Subventionierungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Hans Janknecht
aus Bremen

1964

Rechtsformen von Subventionierungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Hans Janknecht
aus Bremen

1964

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Mestmäcker

Dekan: Prof. Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1964

Inhalt

Seite:

Literatur VI
Abkürzungen XV

§ 1 E I N L E I T U N G 1

E R S T E R A B S C H N I T T : Begriff und Arten der Subventionierung 5

§ 2 I. Kapitel. Rechtsbegriff der Subvention 5
§ 3 II. Kapitel. Methoden der Subventionierung 8

Z W E I T E R A B S C H N I T T : Zweistufentheorie und andere Betrachtungsweisen bei Subventionen. Eine kritische Bestandsaufnahme 15

I. Kapitel. Die Zweistufentheorie 15
§ 4 1) Die Lehre IPSENs 15
a) Die zwei Stufen des Subventionsrechtsverhältnisses 15
b) Einzelheiten der zweistufigen Konstruktion 19
aa) Die erste Stufe 19
bb) Die zweite Stufe in ihrem Verhältnis zur ersten 21
cc) Die Abwicklung des Subventionsverhältnisses 22
dd) Rechtsschutz und Vollstreckung 23
§ 5 2) Die Zweistufentheorie in Literatur und Rechtsprechung 26
a) Die Literatur 26
b) Die Rechtsprechung 29
c) Zweistufentheorie und verwandte Rechtskonstruktionen bei der Marktlenkung 30
§ 6 3) Die Vorzüge der Zweistufentheorie und ihre Schwächen 35
a) Vorteile der Zweistufigkeit 35
b) Problematik der zweistufigen Konstruktion 35

aa) Rechtsdogmatische Bedenken 36

bb) Praktische Unzuträglichkeiten 44

c) Die einstufig-gemischte Rechtskonstruktion 48

d) Zusammenfassung 49

§ 7 II. Kapitel. Die rein privatrechtliche Betrachtungsweise 50

1) Die Theorie FLESSAs 50

a) Staatsbürgschaften 51

b) Öffentliche Kredite, Refinanzierungen und Realförderungen 53

2) Kritische Stellungnahme 55

§ 8 III. Kapitel. Die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise 58

1) Die Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht 58

a) ZULEEGs modifizierte Subjektionstheorie 58

b) Kritische Wertung 61

2) Die rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise bei Subventionen und "Übernahmeverträgen" 63

a) Ablehnung eines öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses auf Grund verwaltungsrechtlichen Vertrages 65

b) Begründung eines öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses auf Grund Verwaltungsaktes 66

D R I T T E R A B S C H N I T T : Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Gestaltungsmittel im Subventionsrecht 69

§ 9 I. Kapitel. Zur Theorie des verwaltungsrechtlichen Vertrages 69

1) Klärung der Begriffe 69

2) Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrages vom mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt 71

3) Unterscheidung des verwaltungsrechtlichen vom privatrechtlichen Vertrage 73

4) Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages 81

5) Rechtsbeständigkeit und prozessuale Behandlung des verwaltungsrechtlichen Vertrages 94

§ 10 II. Kapitel. Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Subventionsrecht 96

§ 11 III. Kapitel. Verwaltungs-Rechtshandlungen bei Subventionen 99

1) Verlorene Zuschüsse 99

2) Darlehen 103

3) Bürgschaften und Refinanzierungen 104

4) Realförderung 105

§ 12 S C H L U S S 110

L i t e r a t u r

APELT, Willibalt	Der verwaltungsrechtliche Vertrag (Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte), Leipzig 1920
-	Der verwaltungsrechtliche Vertrag, AÖR Bd.84 S.249 ff.
BACHOF, Otto	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 zit.: Vornahmeklage
-	Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1953 S.417 ff.
-	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12 S.37 ff.
-	Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts. Die Rechtsnatur der technischen Ausschüsse des § 24 der Gewerbeordnung, AÖR Bd.83 S.208 ff.
BAROCKA, E.	Vereinbarungen und Verträge im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahme-Gestattungsverträgen zur Bodenbewässerung, Verw.Arch. Bd.51 S.1 ff.
BAUMBACH-LAUTERBACH	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, begründet von Adolf BAUMBACH, fortgeführt von Wolfgang LAUTERBACH, 26. Aufl. München und Berlin 1961
BELLSTEDT, Christoph	Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961 S.161 ff.
BETTERMANN, Karl August	Anm. zu dem Urt. des BVerwG v. 7.11.1957, DVBl 1958 S.864, in: DVBl 1958 S.867 f.
BITTER, Georg	Besprechung von: Manfred ZULEEG, Bürgerlich-rechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes?, Diss.jur. Erlangen 1959, in: DVBl 1960 S.334
BÖHME, Werner	Darstellung und Entwicklung des Subventionsverfahrens in der Wohnungswirtschaft, Diss.rer.oec. Münster 1960

BOEHMER, Gustav	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch, Tübingen 1950
BUDDEBERG, Theodor	Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, AÖR Bd.47 S.85 ff.
BULLINGER, Martin	Vertrag und Verwaltungsakt. Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht, Stuttgart 1962
CRONAU, Günter	Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung, Diss.jur. Münster 1962
CZERMAK, Fritz	Gesetzmäßigkeit der Subventionsgewährung, NJW 1961 S.1760 ff.
ECKERT, Lutz	Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, DVBl 1962 S.11 ff.
EHRENFORTH, Werner	Bundesvertriebenengesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1959
ENNECCERUS-LEHMANN	Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch. Begründet von Ludwig ENNECCERUS, 15. Bearbeitung von Heinrich LEHMANN, Tübingen 1958
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch. Begründet von Ludwig ENNECCERUS, 15. Auflage von Hans Carl NIPPERDEY, Tübingen 1959
EYERMANN-FRÖHLER	Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar von Erich EYERMANN und Ludwig FRÖHLER, 3. Auflage München und Berlin 1962
Finanzbericht 1963	Die volkswirtschaftlichen Grundlagen und die wichtigsten finanzwirtschaftlichen Probleme des Haushaltsplanes der Bundesrepublik Deutschland für das Rechnungsjahr 1963, Bonn
FLEINER, Fritz	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage Tübingen 1928
FLESSA, Richard	Das Wesen der Staatsbürgschaft, NJW 1954 S.538 ff.
-	Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsaktes (Gestaltungsmöglichkeiten für Staatskredite), DVBl 1957 S.81 ff., S.118 ff.

FLESSA, Richard	Rechtsschutz gegen Weisungen zu privatrechtlichem Verhalten untergeordneter Behörden, NJW 1958 S.1276 ff.
-	Anm. zu dem Urt. des BVerwG v. 6.6.1958, DÖV 1958 S.667, in: DÖV 1959 S.106
-	Anm. zu dem Urt. des BVerwG v. 23.7.1958, NJW 1958 S.2128, in: NJW 1959 S.403
-	Anm. zu den Entscheidungen des BVerwG v. 9.6.1959 und des OVG Münster v. 19.12.1958, beide DVBl 1959 S.665, in: DVBl 1960 S.137
FORSTHOFF, Ernst	Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart und Berlin 1938
-	Anm. zu dem Urt. des BVerwG v. 24.10.1956, DVBl 1957 S.721, in: DVBl 1957 S.724
-	Rechtsfragen der Leistungsverwaltung (Teil-Neuauflage von: Die Verwaltung als Leistungsträger), Stuttgart 1959
-	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Auflage München und Berlin 1961 zit.: VwR
GIACOMETTI, Z.	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), 1.Bd., Zürich 196
GYSIN, Arnold	Öffentliches Recht und Privatrecht, Zeitschrift für öffentliches Recht Bd.9 S.481 ff.
HAAS, Diether	Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl 1960 S.303 ff.
HAMANN, Andreas	Öffentliche Kredite und Bürgschaften, BB 1953 S.865 ff.
-	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953
-	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Auflage Neuwied und Berlin 1961
HAUEISEN, Fritz	Verwaltung und Bürger. Die Rechtsformen des Handelns der Verwaltung gegenüber dem Bürger, DVBl 1961 S.833 ff.

HAUEISEN, Fritz	Besprechung von: Martin BULLINGER, Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962, in: NJW 1963 S.145
HELFRITZ, Hans	Verwaltungsrecht, Hannover 1949
HENZE, Karl-Otto	Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, Diss.jur. Heidelberg 1955
HUBER, Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage Tübingen 1953/54
-	Über den Rechtsweg für Klagen aus "Übernahmeverträgen" der Einfuhrlenkung, DÖV 1956 S.355
HUSSERL, Gerhart	Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Erster Band: Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung, Berlin 1925
IMBODEN, Max	Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958
IPSEN, Hans Peter	Rechtsgutachten über das Verfahren und den Rechtsschutz bei Gewährung und Verweigerung von Ausfallbürgschaften des Bundes für Filmproduktionskredite, unveröffentlicht, 1951 (teilweise zit. bei: STÖCKER, S.208 ff.) zit.: Rechtsgutachten
-	Rechtsfragen der Investitionshilfe, AÖR Bd.78 S.284 ff.
-	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz. Diskussionsbeitrag, VVDStRL Heft 11 S.129 ff.
-	Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-Lenkung, Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, München 1955, S.593 ff. zit.: Konstruktionsfragen
-	Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956 = DVBl 1956 S.461 ff., S.498 ff. und S.602 ff. zit.: Öfftl.Subv.Priv.
-	Anm. zu dem Urt. des BVerwG v. 31.8.1961, DVBl 1962 S.134, a.a.O.
JEDLICKA, Georg	Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht, Diss.jur. Zürich 1928

JELLINEK, Walter	Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festgabe für das preußische Oberverwaltungsgericht, 1925, S.84 ff.
-	Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931, unveränderter Neudruck, Offenburg 1948 nebst Nachtrag 1950
JENTSCH, Ulrich	Zum Begriff des öffentlichen Rechts, DÖV 1956 S.299 ff.
JESCH, Dietrich	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
KAYSER-LEISS	Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, begründet von Alfred KAYSER, fortgeführt von Ludwig LEISS, 2. Aufl., München und Berlin 1958
KEGEL, Gerhard	Rohstoff- und Rüstungskredite. Rechtsfragen ihrer Abwicklung, JZ 1951 S.385 ff.
KLINGER, Hans	Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Göttingen 1960
KÖTTGEN, Arnold	Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl 1953 S.485 ff.
KORMANN, Karl	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
KRÜGER, Herbert	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz. Diskussionsbeitrag, VVDStRL Heft 11 S.137 ff.
-	Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955 S.380 ff., S.450 ff. und S.518 ff.
KULL, Edgar	Privatrecht als Mittel der Verwaltung. Studien zur Frage der Vertauschbarkeit von Formen öffentlichen und privaten Rechts, Diss.jur. Heidelberg 1957
LARENZ, Karl	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht, 2. Aufl. München und Berlin 1957
-	Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Bd.: Besonderer Teil, 5. Aufl. München und Berlin 1962
MALLMANN, Walter	Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Heft 19 S.165 ff.

v.MANGOLDT-KLEIN	Das Bonner Grundgesetz, von Hermann v.MANGOLDT, 2. Aufl. von Friedrich KLEIN, Berlin und Frankfurt 1957
MAUNZ, Theodor	Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayerVBl 1962 S.1 ff.
-	Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl. München und Berlin 1962
MAUNZ-DÜRIG	Kommentar zum Grundgesetz, von Theodor MAUNZ und Günter DÜRIG, München und Berlin 1958
MAYER, Otto	Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, AÖR Bd.3 S.1 ff.
-	Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1 und 2, 3. Aufl. München 1924
MENGER, Christian-Friedrich	Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953
-	Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955 S.587 ff.
-	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. Bd. 49 S.272 ff.
-	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. Bd.50 S.193 ff.
-	Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl 1960 S.297 ff.
-	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. Bd.52 S.206 ff.
-	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. Bd.54 S.88 ff.
MODEST, Fritz	Kommentar zum Getreidegesetz, Heidelberg 1953
MOLITOR, Erich	Uber öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe 1949
NAUMANN, Richard	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz. Diskussionsbeitrag, VVDStRL Heft 11 S.131 ff.

NAWIASKY, Hans	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. Einsiedeln, Zürich und Köln 1948
NEBINGER, Robert	Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Stuttgart 1949
NIPPERDEY, Hans Carl	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920 zit.: Kontrahierungszwang
OBERMAYER, K.	Anm. zu dem Urt. des BVerwG v. 7.3.1958, NJW 1958 S.1107, ebenda
-	Anm. zu dem Urt. des BVerwG v. 6.6.1958, NJW 1959 S.115, ebenda
PALANDT, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl. München und Berlin 1962
PLEWNIA, Hansjörg	Die Vorratshaltung der Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, NJW 1959 S.1404 ff.
RAU, W.	Wirtschaftslenkende Verwaltung, DVBl 1960 S.337 ff.
RÖMER, Hans	Abwicklung reichsverbürgter Kredite, BB 1950 S.97 ff.
RÖSSLER, Peter	Der öffentlich-rechtliche Vertrag, Die Verwaltungspraxis 1956 S.275 ff.
RUPP, Hans Heinrich	Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt. Eine Untersuchung zur prozeßrechtlichen Behandlung des schlichten Verwaltungshandelns insbesondere im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge, DVBl 1958 S.113 ff.
-	Verwaltungsakt und Vertragsakt. Eine Darstellung der Probleme an Hand des Vertragssystems der Sozialversicherung, insbesondere des Ersatzkassenrechts, DVBl 1959 S.81 ff.
-	Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1961 S.59 ff.
SALZWEDEL, Jürgen	Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958
SCHAUMANN, Wilfried	Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961 S.110 ff.

SCHEERBARTH, Walter	Das allgemeine Bauordnungsrecht, Köln 1962
SCHEUNER, Ulrich	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz, VVDStRL Heft 11 S.1 ff.
SCHOEN, Xaver	Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955 S.137 ff.
SCHÜLE, Adolf	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz, VVDStRL Heft 11 S.75 ff.
SIEBERT, Wolfgang	Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für NIEDERMEYER, Göttingen 1953, S.215 ff.
-	Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DÖV 1959 S.733 ff.
STEIN, Ekkehart	Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, AÖR Bd.86 S.320 ff.
STERN, Klaus	Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verw.Arch. Bd.49 S.106 ff.
-	Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AÖR Bd.84 S.137 ff., S.273 ff.
-	Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960 S.518 ff., S.557 ff.
STÖCKER, Hans-Jürgen	Bürgschaften und Garantien des Staates, Rechtstatsachen und Rechtsfragen. Versuch einer Standortbestimmung, Diss.jur. Hamburg 1957
STRASSMANN-NITSCHE	Bundesvertriebenengesetz, 2. Aufl. von Walter STRASSMANN, Josef RÖSLER und Helmut KRÜZNER, München und Berlin 1958
v.TUREGG-KRAUS	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, von Kurt Egon v.TUREGG, 4. Aufl. von Erwin KRAUS, Berlin 1962
WANNAGAT, Georg	Der Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Sozialversicherungsrecht, NJW 1961 S.1191 ff.

WERNER, Paul	Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd.13, S.97 ff.
WINKELSTERN	Kommentar zum GetrG und zum GetrPreisG 1961/62, in: Das Deutsche Bundesrecht, Abteilung Landwirtschaft und Ernährung. IV G 30 (S.11 ff.), IV G 31 (S.7 ff.)
WOLFF, Hans Julius	Verwaltung und Recht, Kommunalpolitik 1948 S.131 ff.
-	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AÖR Bd.76 S.205 ff.
-	Anm. zu dem Urt. des BGH v. 12.4.1951, JZ 1951 S.634, in: JZ 1951 S.636 ff.
-	Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, MDR 1953 S.523 ff.
-	Anm. zu dem Urt. des BGH v. 26.3.1953, JZ 1953 S.551, in: JZ 1953 S.552 ff.
-	Anm. zu dem Urt. des BVerwG v. 18.10.1960, DVBl 1961 S.207, in: DVBl 1961 S.209 f.
-	Verwaltungsrecht I, 4.Aufl. München und Berlin 1961 zit.: VwR I
-	Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), München und Berlin 1962 zit.: VwR II
ZULEEG, Manfred	Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes?, Diss.jur. Erlangen 1959
-	Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?, NJW 1962 S.2231 ff.

A b k ü r z u n g e n

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz
Allg.T.	Allgemeiner Teil
Anm.	Anmerkung
arg.	argumentum
Art.	Artikel
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage
BAnz.	Bundesanzeiger
BayerVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz) i.d.F. vom 29. Juni 1956 - BGBl. I S.559
BEvG	Bundesevakuiertengesetz i.d.F. vom 13. Oktober 1961 - BGBl. I S.1866
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVFG	Bundesvertriebenen- und Flüchtlingsgesetz
ders.	derselbe
Diss.jur.	juristische Dissertation
Diss.rer.oec.	wirtschaftswissenschaftliche Dissertation
DKVO	Dieselkraftstoff-Verordnung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungs-Verordnung
Einf.	Einführung
Erl.	Erläuterung
EVSt	Einfuhr- und Vorratsstelle
f.	folgende (Singular)
ff.	folgende (Plural)
G	Gesetz
GetrG	Gesetz über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln (Getreidegesetz) i.d.F. v. 2. August 1961 - BGBl. I S.1168
GetrPreisG	Gesetz über Preise für Getreide inländischer Erzeugung sowie über besondere Maßnahmen in der Getreide- und Futtermittelwirtschaft (Getreidepreisgesetz 1961/62) v. 19. Juni 1961 - BGBl. I S.772
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.L.	herrschende Lehre

h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LAG	Lastenausgleichsgesetz
l.Sp.	linke Spalte
LVerwG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m.R.	mit Recht
m.weit.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Lüneburg und Münster
Rd.-Nr.	Rand-Nummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
r.Sp.	rechte Spalte
SBZ	Sowjetische Besatzungszone Deutschlands
std.Rspr.	ständige Rechtsprechung
Sten.Ber.	Stenografische Berichte
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen

Verf.	Verfasser
Verw.Arch.	Verwaltungsarchiv
Verw.Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwR	Verwaltungsrecht
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz des Bundes
wüEVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931
WV	Verfassung des Deutschen Reiches v. 11. August 1919 (Weimarer Verfassung)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend

§ 1 E I N L E I T U N G

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland zielt auf die Errichtung eines sozialen Rechtsstaates in seinem Geltungsbereich, wenn es in den Artikeln 20 Abs.1 und 28 Abs.1 erklärt, die Bundesrepublik Deutschland sei ein demokratischer und sozialer Bundesstaat, und die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern dem Grundsatz des sozialen Rechtsstaates "im Sinne dieses Grundgesetzes" unterwirft [1]. Für den sozialen Rechtsstaat ist die Sozialordnung nicht Gegebenheit, sondern Aufgabe und Gegenstand der Gestaltung. Die öffentliche Verwaltung im sozialen Rechtsstaat wird daher zwangsläufig "vom Ordnungsgaranten zum Leistungsträger, der die wirtschaftlich Schwachen schützt, Sozialleistungen verteilt, die Wirtschaft nicht mehr nur zur Gefahrenabwehr, sondern zur Förderung ihrer volkswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beaufsichtigt und die Interessengegensätze der Klassen und Gruppen zu schlichten sucht" [2].

Oberstes Ziel des l i b e r a l e n Rechtsstaates des 19.Jahrhunderts war es gewesen, die Freiheit der menschlichen Persönlichkeit vor unrechtmäßigen Eingriffen des Staates zu schützen und dessen Aufgaben und Befugnisse auf den Schutz von Freiheit und Eigentum des Einzelnen zu beschränken [3]. Zwar ist die Sozialgesetzgebung Bismarcks ein Beispiel dafür, daß auch dieser Staatstypus auf Eingriffe in die sozialen Verhältnisse sowie auf deren Regelung und Umgestaltung nicht verzichten wollte und konnte [4]; doch beschränkte sich der "Rechtsbewahrstaat" [5] im all-

---

1) Vgl. MENGER, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz S.18 f.; BACHOF, VVDStRL Heft 12 S.41 ff., meint, auch die Art.3 Abs.2, 6 Abs.3, 12, 14 und 15 GG bezögen sich auf die Sozialordnung. Demgegenüber behauptet KLEIN in v.MANGOLDT-KLEIN, Art.20 Anm.VI 1 a.E., "daß das Grundgesetz im wesentlichen den bürgerlich-liberalen Rechtsstaat meint und verwirklicht".

2) So WOLFF, VwR I § 11 II b 4

3) Vgl. MENGER, a.a.O. S.9 ff.

4) Vgl. FORSTHOFF, VwR S.59

5) BACHOF, a.a.O. S.38

gemeinen darauf, die äußeren Bedingungen für die freie Entfaltung und Sozialgestaltung der bürgerlichen Gesellschaft zu schaffen und zu erhalten [1], da er die vorgegebene Sozialordnung als eine im Prinzip gerechte betrachtete.

Das immer engere Aufeinanderrücken der Menschen im Massenzeitalter, die fortschreitende Zivilisierung und Technisierung, die damit zusammenhängende Arbeitsteilung und Hilflosigkeit des Einzelnen sowie schließlich und vor allem die Katastrophen der beiden Weltkriege mit ihren Folgeerscheinungen ließen in der allgemeinen Meinung darüber, was Aufgabe eines "Rechts"-Staates sei, bald eine tiefgreifende Wandlung eintreten. Die wachsende Sozialbedürftigkeit der Massen hatte zur Folge, daß immer mehr ursprünglich individuelle Angelegenheiten allgemeine wurden; die Verwaltung nahm an Umfang und Intensität zu [2]. Sichtbar wurde diese stärkere Beteiligung des Staates an der Gestaltung der Sozialordnung beispielsweise in der Einflußnahme auf die Arbeits- und Wohnverhältnisse, in der Vermehrung der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, in der Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen usw. [3]. Sie wurde aber auch darin deutlich, daß die öffentliche Verwaltung selbst Leistungen aller Art (Gas, Wasser, Licht; öffentliche Verkehrsbetriebe) zur Verfügung stellte und sogar aktiv am Wirtschaftsleben teilnahm, um durch erwerbswirtschaftliche Unternehmungen nicht nur Einkünfte zu erzielen, sondern auch das Spiel der wirtschaftlichen Kräfte zu beeinflussen.

Die veränderte, moderne Auffassung von den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung fand in dem von FORSTHOFF [4] geprägten Begriff "Daseinsvorsorge" ihren plastischen Ausdruck. Unter Daseinsvorsorge ist mit FORSTHOFF alles zu begreifen, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven

---

1) FORSTHOFF, a.a.O. S.61

2) Vgl. WOLFF, Kommunalpolitik 1948 S.135 unter VI; SCHÜLE, VVDStRL Heft 11 S.95

3) Vgl. hierzu SCHEUNER, VVDStRL Heft 11 S.26 ff.

4) Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938

Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen [1]. Zur Daseinsvorsorge gehört daher, daß die öffentliche Verwaltung bestimmte allgemeine Bedürfnisse durch die Gewährung sozialer Ansprüche, durch die Errichtung öffentlicher Anstalten und Einrichtungen oder durch private Versorgungsbetriebe befriedigt. Zur Daseinsvorsorge gehört aber auch die Gewährung von Sonderunterstützungen [2] in Form von Zuschüssen, Krediten, Bürgschaften und Refinanzierungen an Zivilpersonen sowie von Realförderungen durch bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, weil dadurch "nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen versetzt werden" [3].

Umfang und Höhe der Subventionen haben insbesondere in den Jahren nach dem 2. Weltkrieg lawinenartig zugenommen [4]. Eine Zurückdrängung der Flut scheint ebensowenig möglich zu sein wie eine Eindämmung in geordnete Bahnen juristischer Dogmatik. Zwar hat es nicht an Versuchen zur Lösung der bei Subventionierungen auftauchenden rechtsdogmatischen Fragen gefehlt [5]. Sie können jedoch in vieler Hinsicht nicht befriedigen, so daß eine kritische Analyse dieser in entscheidenden Punkten einander widersprechenden Untersuchungen und eine Erörterung aus einem völlig neuen Blickwinkel heraus notwendig erscheint.

---

1) Vgl. FORSTHOFF, VwR S.322; zur näheren Erläuterung des Begriffs Daseinsvorsorge vgl. FORSTHOFF, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 9 - 14.

2) "Subventionen", die IPSEN, Öffentliche Subventionierung Privater, S.5, wie folgt näher kennzeichnet: "Sonderunterstützungen, die über die allgemeine Unterstützung hinausgehen, die die Privatwirtschaft durch die Existenz des Staates überhaupt und durch seine Gesamttätigkeit erfährt".

3) MENGER, DVBl 1960 S.299 l.Sp., spricht von "dynamischer Funktion" der Daseinsvorsorge. Dagegen will SCHEUNER, VVDStRL Heft 11 S.40, die Subventionen ohne nähere Begründung nicht zur Daseinsvorsorge gerechnet wissen.

4) Für Maßnahmen im Rahmen des "Grünen Planes" wurden im Haushaltsjahr 1962 2.172,4 Millionen DM zur Verfügung gestellt; vgl. Finanzbericht 1963, S.535; weiteres Zahlenmaterial ebenda S.526 ff.

5) Vgl. etwa IPSEN, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, = DVBl 1956 S.461 ff., 498 ff., 602 ff.; FLESSA, NJW 1954 S.538 ff.; ders., DVBl 1957 S.81 ff., 118 ff.; ZULEEG, Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes?, Diss. jur. Erlangen 1959; STERN, JZ 1960 S.518 ff., 557 ff.

Aufgabe der folgenden Untersuchung ist es also, die den Subventionierungen zugrunde liegenden Rechtskonstruktionen festzustellen. Nur dann wird es möglich sein, zu den immer wieder aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen, ob die öffentliche Verwaltung zur Gewährung von Subventionen einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf [1], ob und unter welchen Umständen der einzelne Subventionsbewerber einen gerichtlich durchsetzbaren Rechtsanspruch hat und ob es sich bei den Subventionen um Rechtsverhältnisse des öffentlichen oder des privaten Rechts handelt [2].

---

1) Besonders akut wird die Frage, wenn mit der Gewährung einer Subvention untrennbar Auflagen und Bedingungen verbunden werden. Auf die Gefahr, daß die öffentliche Verwaltung auf diese Weise ohne gesetzliche Grundlage ihre Herrschaft zu begründen und auszuweiten vermag, hat bereits KRÜGER, DVBl 1955 S.380 ff., 450 ff., 518 ff. und VVDStRL Heft 11 S.137 f., aufmerksam gemacht; ähnlich WERNER, S.101, und MAUNZ, BayerVBl 1962 S.1 ff.

2) In engstem Zusammenhang damit stehen Fragen des Rechtsweges, der Haftung und der Vollstreckung. Dabei wird sich dann herausstellen, ob und inwieweit im Bereich der Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsverwaltung von einem "Versagen des Rechtsschutzes" gesprochen werden kann, wie BACHOF, DÖV 1953 S.422 f., behauptet; ähnlich MENGER, DÖV 1955 S.592: "Lücke im Rechtsschutzsystem", die auch nicht durch Art.3 GG geschlossen werden könne.

E R S T E R A B S C H N I T T

Begriff und Arten der Subventionierung

§ 2 I. Kapitel. Rechtsbegriff der Subvention

Der Begriff der Subvention im juristischen Sinne ist umstritten.

Nach IPSEN [1] soll wesentlich sein, daß sie als solche einem wirtschaftenden Unternehmen unentgeltlich gegeben wird, so daß ihr unmittelbarer Erfolg für den Empfänger einen Vermögensvorteil bedeutet, ihre Funktion für die gewährende Verwaltung aber in der Erzielung eines bestimmten Interventionserfolges öffentlichen Interesses liegt. Demgegenüber hält STERN [2] diese Begriffsbestimmung für zu eng, weil das Erfordernis "unentgeltlich" den Kreis der subventionierungshalber hingegebenen Darlehen und Gewährleistungen nicht erfasse. STERN definiert deshalb die Subventionen rechtlich als "von Hoheitsträgern unmittelbar an Unternehmer zu Produktionszwecken gewährte finanzielle Sonderunterstützungen, die in die marktwirtschaftliche Wettbewerbslage eingreifen und eine Änderung des freien Zustandekommens von Sozialprodukt und Einkommen bewirken" [3].

IPSEN und STERN stimmen somit darin überein, daß die Unterstützung an einen w i r t s c h a f t e n d e n Unternehmer gewährt werden muß. Andere Autoren, z.B. SIEBERT [4], KÖTTGEN [5] und

---

1) Öfftl.Subv.Priv. S.7 f.; ebenso das OVG des Saarlandes, Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959 S.708.

2) JZ 1960 S.519 ff.

3) A.a.O. S.521 unter II; unter "Hoheitsträger" versteht STERN offenbar alle Subjekte öffentlicher Verwaltung.

4) Vgl. Festschrift für NIEDERMEYER, S.235: "Subvention ist die Förderung, die ein Träger öffentlicher Verwaltung in Verfolg wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Zwecke einem Unternehmen (im weitesten Sinne) zur Stärkung seiner Leistungskraft zukommen läßt. Die soziale Fürsorge zugunst. von Hilfsbedürftigen und Versorgungsempfängern gehört also nicht hierher."

5) DVBl 1953 S.490

ZULEEG [1], bestreiten dies und bezeichnen demzufolge die Subventionen als unmittelbare Förderungsmaßnahmen in Form von verlorenen Zuschüssen, Krediten, Bürgschaften, Refinanzierungszusagen und Gewährleistungen eines Hoheitsträgers in Verfolg wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Zwecke zugunsten eines Privaten mit Ausnahme von Fürsorge- und Versorgungsleistungen sowie anderer Zuwendungen, für die derzeit bereits eine ausgeprägte öffentlich-rechtliche Rechtsform vorhanden ist [2].

"Subvention" [3] bedeutet ursprünglich nichts anderes als "Unterstützung". Im Laufe der Zeit hat der Begriff aber eine Bedeutungsverengung erfahren; heute wird darunter allgemein nur noch die Unterstützung von Zivil- bzw. Privatpersonen durch Hoheitssubjekte verstanden. Nicht zu den Subventionen i.e.S. gehören daher Unterstützungen und Hilfsmaßnahmen, die Hoheitsträger einander im horizontalen und vertikalen Finanzausgleich gewähren. Auch Unterstützungen, die Zivilpersonen im Rahmen der sozialen Fürsorge und der Versorgung beziehen, müssen von vornherein ausscheiden [4]. Unter den Subventionsbegriff fallen schließlich nicht die sogenannten "indirekten Subventionen" in Form von Steuererleichterungen aller Art, weil es sich hierbei haushaltsrechtlich nicht um Ausgaben, sondern um Einnahmeverzicht handelt [5].

---

1) A.a.O. S.7 und 12; auch das OVG des Saarlandes nimmt in seiner im übrigen IPSEN nachgebildeten Definition nicht an, daß Empfänger der Unterstützung gerade ein wirtschaftendes Unternehmen sein müsse, vgl. Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959 S.708.

2) So insbesondere ZULEEG a.a.O.

3) Vgl. lat. subvenire: "von unten her kommen", "unterstützen".

4) Das ist unbestritten; vgl. vor allem FORSTHOFF, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung,S.26 und 37, der die soziale Fürsorge selbst dem umfassenderen Begriff der Daseinsvorsorge nicht zugerechnet wissen will.

5) Ebenso STERN, a.a.O. S.521 l.Sp.: "... keine besondere ... Rechtsbeziehung, sondern unmittelbare Anwendung eines gesetzlichen Tatbestandes". Nach der völlig abweichenden Auffassung HUBERs, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.2 S.258 f., sind außer den verlorenen Zuschüssen alle anderen Arten der Förderung (Darlehen, Bürgschaften usw.) "indirekte Subventionen".

Entgegen der Auffassung STERNs ist Subventionierung, wie bereits IPSEN [1] festgestellt hat, Zuwendung eines u n e n t g e l t l i c h e n Vermögensvorteils. Als Förderung setzt sie begrifflich voraus, daß der Geförderte irgendeinen Vermögensvorteil erhält, sei er auch noch so gering. Auch wenn der Leistung eine vom Zuwendungsempfänger zu erbringende Gegenleistung gegenübersteht, handelt es sich um Förderung und damit um Subventionierung, wenn objektiv zwischen Zuwendung und Gegenleistung ein Mißverhältnis besteht und nach dem Willen der Beteiligten der Mehrwert der Zuwendung die Förderung ausmachen soll. Besondere Vorteilhaftigkeit und damit Unentgeltlichkeit einer Förderung ist deshalb nicht nur bei verlorenen Zuschüssen gegeben, sondern kann auch in der Zinslosigkeit oder ungewöhnlich niedrigen Verzinsung eines Darlehens liegen.

Der Subventionsbegriff verlangt nicht, daß gerade ein wirtschaftendes Unternehmen die Förderung bezieht. Der Rechtsbegriff der Subvention wird nicht dadurch unbrauchbar, daß in ihn auch und gerade solche Unterstützungsmaßnahmen einbezogen werden, die Privatpersonen [2] erhalten. Eine Beschränkung auf wirtschaftende Unternehmen ist nicht nur durch nichts gerechtfertigt und daher willkürlich, sondern wird von IPSEN selbst bezeichnenderweise nicht konsequent eingehalten [3]. Nicht begriffsnotwendig ist ferner, daß die Subvention aus Haushaltsmitteln des Bundes, der Länder oder der Gemeinden stammt. Zu einem nicht unerheblichen Teil werden Subventionen von rechtlich selbständigen und zum Teil sogar mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestatteten Fonds und Sondervermögen gewährt [4]. Schließlich kommt es auch nicht auf eine bestimmte

---

1) Öfftl.Subv.Priv. S.7 f.

2) Unter Privatpersonen werden in Abweichung von WOLFF, VwR I § 32 III c 2, hier und im folgenden Rechtssubjekte verstanden, die nicht Subjekte öffentlicher Verwaltung sind; es fallen deshalb auch die "Zivilpersonen" i.S. WOLFFs (a.a.O.) unter diesen Begriff.

3) Öfftl.Subv.Priv. S.51

4) Vgl. z.B. das Investitionshilfegesetz v. 7.1.1952, BGBl.I S.7; dazu IPSEN, AÖR Bd.78 S.284 ff.

Zielsetzung an [1]. Ein einheitliches Motiv aller Subventionen kann nicht gefunden werden [2].

Subventionen sind mithin rechtlich zu bestimmen als

> von einer Verwaltungsbehörde an eine Privatperson gewährte unentgeltliche Vermögensvorteile mit Ausnahme der sogenannten indirekten Begünstigungen und der Leistungen im Rahmen der sozialen Fürsorge und der Versorgung.

Üblicherweise werden Subventionen in Form von verlorenen Zuschüssen, Darlehen, Refinanzierungsdarlehen, Bürgschaften und Realförderungen gewährt.

§ 3 II. Kapitel. Methoden der Subventionierung

1. Verlorene Zuschüsse sind geldliche Zuwendungen, bei denen eine Rückerstattungspflicht nicht besteht. Bei Zinszuschüssen - ein Unterfall dieser Förderungsart - übernimmt der Subventionierende ganz oder teilweise die Zinsen für ein Darlehen, das der Subventionsempfänger von einem Dritten erhalten hat.

Zinsbeihilfen sind gesetzlich vorgesehen in §§ 72, 79 BVFG, in § 12 BEvG, in § 4 des Gesetzes zur Förderung der landwirtschaftlichen Siedlung [3] und in § 42 Abs.6 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes. - Beispiele für verlorene Zuschüsse [4] finden sich in

---

1) A.A. BVerwG, DÖV 1959 S.706, und OVG des Saarlandes, DÖV 1959 S.708; beide Urteile lassen es auf das öffentliche Interesse ankommen. Dagegen m.R. STERN, JZ 1960 S.519 r.Sp., der zutreffend ausführt, daß der Begriff des öffentlichen Interesses vieldeutig sei.

2) Vgl. die - keineswegs vollständige - Aufzählung der verschiedenartigen Subventionierungsmotive bei IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.45.

3) Vom 15.5.1953 - BGBl. I S.224

4) Auch "Beihilfe", "Ausgleichsbetrag", "Prämie" oder einfach "Zuschuß" genannt.

zahlreichen Gesetzen und Verordnungen [1]. Darüber hinaus scheint der Verwaltung als ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die Hingabe eines verlorenen Zuschusses bereits eine "abstrakte" Verfassungsbestimmung [2], ein einfacher, nicht der Qualifikation eines förmlichen Gesetzes genügender Parlamentsbeschluß oder die Einstellung eines bestimmten Betrages im Haushaltsplan zu genügen [3].

Den Charakter einer Subventionierung in Form von verlorenen Zuschüssen haben potentiell auch die "Übernahmeverträge" der Einfuhr- und Vorratsstellen für Getreide und Futtermittel [4], für Fette [5] und für Schlachtvieh, Fleisch und Fleischerzeugnisse [6] sowie der Einfuhrstelle für Zucker [7].

---

1) Vgl. zunächst die Zusammenstellungen bei IPSEN, Öfftl.Subv. Priv. S.25 ff., ZULEEG, S.13 f., und HENZE, S.31 f.; ferner: die VO über Verbilligung von Dieselkraftstoff für die See-, Küsten- und Binnenschiffahrt (DKVO-Schiff) i.d.F. vom 13.6.1952 - BGBl. I S.334; die Gasöl-Betriebsbeihilfe-VO'en vom 30.6.1961 - BGBl. I S.842 -, vom 20.3.1961 - BGBl. I S.260 -, vom 20.3.1961 - BGBl. I S.264 -, vom 20.3.1961 - BGBl. I S.267; das Sparprämiengesetz v. 5.5.1959 - BGBl. I S.241 (dazu die VO'en vom 22.7.1959 - BGBl. I S.503 -, vom 4.4.1960 - BGBl. I S.211 - und vom 19.4.1960 - BGBl. I S.236); das Gesetz über die Gewährung von Miet- und Lastenbeihilfen v. 23.6.1960 - BGBl. I S.399 - i.d.F. vom 21.7.1961 - BGBl. I S.1041 (dazu die VO v. 21.12.1960 - BGBl. I S.1056 - i.d.F. vom 22.3.1962 - BGBl. I S.186); § 5 Abs.2 des Gesetzes über die Verwaltung des ERP-Sondervermögens v. 31.8.1953 - BGBl. I S.1312; das Gesetz über die Gewährung von Prämien für Wohnbausparer i.d.F. vom 21.7.1961 - BGBl. I S.1041 usw.

2) Etwa Art.25 Abs.1 der saarl. Verfassung; so das Urteil des OVG des Saarlandes v. 6.5.1959, DÖV 1959 S.708

3) Das letztere trifft insbesondere für den "Grünen Plan" zu; vgl. dazu RAU, DVBl 1960 S.341. Zu der Frage, ob und inwieweit der "Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung" genügt, vgl. CRONAU.

4) Vgl. § 8 des Gesetzes über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln i.d.F. v. 2.8.1961 - BGBl. I S.1168.

5) Vgl. § 15 des Gesetzes über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten - Milch- und Fettgesetz - i.d.F. v. 27.7.1961 - BGBl. I S.1104.

6) Vgl. §§ 16 f. des Gesetzes über den Verkehr mit Vieh und Fleisch - Vieh- und Fleischgesetz - v. 25.4.1951 - BGBl. I S.272.

7) Vgl. §§ 8 ff. des Gesetzes über den Verkehr mit Zucker - Zuckergesetz - v. 5.1.1951 - BGBl. I S.47.

Das praktisch wichtigste der vier "Marktlenkungsgesetze" [1] ist das Getreidegesetz. Nach ihm ist alles einzuführende Brotgetreide der EVSt "zum Kauf" anzubieten (§ 8 Abs.1). Die EVSt ist zur Übernahme des Getreides berechtigt, aber nicht verpflichtet (§ 8 Abs.3 Satz 1). Lehnt sie die Übernahme ab, so darf das Getreide im Bundesgebiet weder in den Verkehr gebracht noch verarbeitet oder auf andere Weise verwertet werden (§ 8 Abs.3 Satz 2); insoweit wirkt die EVSt daher als "Mengenschleuse". - Macht die EVSt von ihrem Übernahmerecht Gebrauch, so setzt sie einen "Übernahmepreis" fest, der als "Kaufpreis" gilt (§ 8 Abs.1 Satz 2) [2]. Gleichzeitig verpflichtet sie den Importeur, das Getreide "zu dem von ihr festgesetzten Abgabepreis zurückzukaufen" (§ 8 Abs.3 Satz 3) [3]. Die Differenz zwischen "Übernahme-" und "Abgabepreis" stellt sich je nach dem Verhältnis des Inlandmarktpreises zum Weltmarktpreis entweder als zollähnliche Abschöpfung oder als Subventionierung in Form eines verlorenen Zuschusses dar. Insoweit wirkt die EVSt als "Preisschleuse". - Die Einfuhr- und Vorratsstelle, die eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist (§ 7 Abs.1), hat also die Möglichkeit, Getreideimporte zu subventionieren.

Als weitere Aufgabe obliegt der EVSt die Vorratshaltung (§ 8 Abs.6). Dies geschieht durch Aufnahme von Getreide in die Bundesreserve. Bei I m p o r t g e t r e i d e schließt die EVSt mit dem Importeur den "Übernahmevertrag" unter der Auflage [4], daß dieser ihr das Getreide nach der Abgabe zum Zwecke der Vorratshaltung wiederum anzubieten habe [5]. Bei I n l a n d s getreide hat die EVSt das ihr von einem inländischen Erzeuger angebotene Getreide zu dem im

---

1) Die Einfuhr- und Vorratsstellen dienen der Wirtschaftslenkung auf Gebieten, die für die Ernährung der Bevölkerung eine hervorragende Bedeutung haben.

2) Entsprechend dem Gesetzeszweck richtet sich dieser "Kaufpreis" nach dem jeweiligen Weltmarktpreis.

3) Der "Abgabepreis" ist am inländ. Preisniveau orientiert.

4) Zu solchen Auflagen ist die EVSt gemäß § 8 GetrG ermächtigt; die Einhaltung der Auflagen wird durch die Strafandrohung des § 21 Abs.1 Ziff.1 GetrG gesichert.

5) Vgl. PLEWNIA, NJW 1959 S.1405

Getreidepreisgesetz [1] festgesetzten Mindestpreis zu übernehmen, soweit dieser Preis im freien Verkehr nicht erzielt werden kann [2]. Unter Wegfall ihrer Übernahmeverpflichtung kann die EVSt auch, wenn der gesetzliche Mindestpreis in einem anderen Gebiet erzielt werden kann, zum Zweck des Transportes des Getreides dorthin einen Frachtkostenzuschuß zahlen [3].

Eine mit diesem Frachtkostenzuschuß verwandte Subvention ist der nach § 12 Abs.1 MilchG gewährte Zuschuß zwecks "Annäherung der wirtschaftlichen Ergebnisse für Erzeuger und Molkereien" trotz unterschiedlicher Entfernung vom Markt [4]. - Die Übernahme inländischen Getreides zu einem Mindestpreis, der auf dem freien Markt nicht erzielt werden kann, sowie die Zahlung von Frachtkostenzuschüssen sind Subventionen in Form von verlorenen Zuschüssen.

2. Die Hingabe von Geld unter der gleichzeitigen Verpflichtung des Empfängers zur Rückzahlung (Darlehen) ist die verbreitetste Erscheinungsform der Subventionierung.

Folgende Beispiele mögen genügen [5]: Nach § 4 des Gesetzes zur Förderung der landwirtschaftlichen Siedlung vom 15.5.1953 [6] gewährt das Zweckvermögen bei der Deutschen Siedlungsbank zinsverbilligte oder zinslose Darlehen für die landwirtschaftliche Siedlung. - Die Kreditanstalt für Wiederaufbau gewährt über Kreditinstitute Darlehen an die Wirtschaft [7]. Zum Wiederaufbau und zur Förderung der deutschen Wirtschaft gewährt auch das ERP-Vermögen

---

1) Vgl. § 10 GetrG

2) Vgl. § 3 Abs.1 Satz 1 GetrPreisG 1961/62 v. 19.6.1961 - BGBl. I S.772

3) Vgl. § 3 Abs.1 Satz 2 GetrPreisG 1961/62

4) Frachtzuschüsse aus "Frachtausgleichskassen" sind ferner vorgesehen in § 11 GetrG und in § 5 Abs.3 ZuckG

5) Im übrigen kann auch hier auf die Zusammenstellungen bei IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.25 ff., ZULEEG, S.14 f., und HENZE, S.35 ff., verwiesen werden.

6) BGBl. I S.224

7) Vgl. § 3 des Gesetzes über die Kreditanstalt für Wiederaufbau i.d.F. vom 18.10.1961 - BGBl. I S.1878; nach § 1 dieses Gesetzes ist die Kreditanstalt eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

verzinsliche und unverzinsliche Darlehen [1]. - Subventionierung durch Darlehen ist darüber hinaus vorgesehen in § 26 des Ersten Wohnungsbaugesetzes [2], in § 42 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes [3], in §§ 41, 72, 79 BVFG, in § 12 BEvG, in § 1 des Gesetzes zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen [4], in § 2 des Gesetzes zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaues im Kohlenbergbau [5], in §§ 253 ff. LAG [6] und anderen Rechtsvorschriften.

3. Kaum weniger bedeutend ist die Subventionierung durch Übernahme von Bürgschaften, Gewährleistungen und Garantien für Darlehensverbindlichkeiten des Subventionsempfängers gegenüber Dritten.

Zur Übernahme solcher Bürgschaften, Gewährleistungen und Garantien ist die öffentliche Verwaltung gesetzlich ermächtigt, um zu fördern: den Wohnungsbau [7] und die landwirtschaftliche Siedlung [8], die Begründung und Festigung selbständiger Erwerbstätigkeit der Evakuierten und der Vertriebenen und SBZ-Flüchtlinge in der Landwirtschaft, im Gewerbe und in freien Berufen [9], die Schaffung von Dauerarbeitsplätzen für die genannten Bevölkerungskreise [10], die Lebensmittelbevorratung der Einfuhr- und Vorrats-

---

1) Vgl. § 5 Abs.2 des Gesetzes über die Verwaltung des ERP-Sondervermögens v. 31.8.1953 - BGBl. I S.1312

2) I.d.F. vom 21.7.1961 - BGBl. I S.1041

3) Wohnungsbau- und Familienheimgesetz i.d.F. vom 1.8.1961 - BGBl. I S.1122

4) Vom 27.9.1950 - BGBl. I S.684; dazu die Durchführungsverordnungen vom 22.12.1950 - BGBl. I S.69 (1951) -, vom 6.8.1951 - BGBl. I S.497 - und vom 11.2.1956 - BGBl. I S.82

5) I.d.F. vom 4.5.1957 - BGBl. I S.418

6) Gesetz über den Lastenausgleich v. 14.8.1952 - BGBl. I S.446, inzwischen vielfach geändert und ergänzt; nach § 258 LAG ist eine nachträgliche Umwandlung des Aufbaudarlehens in einen verlorenen Zuschuß, nämlich die Hauptentschädigung, möglich.

7) Vgl. die VO über die Übernahme von Bürgschaften des Bundes zur Förderung des Wohnungsbaues v. 30.7.1951 - BGBl. I S.483; vgl. ferner die Zusammenstellung der Bürgschaftsbestimmungen der Länder für nachstellige Hypotheken im Wohnungsbau bei BÖHME, Anhang Tabelle VIII.

8) § 1 des Gesetzes v. 15.5.1953 - BGBl. I S.224

9) §§ 12 BEvG, 72 BVFG

10) §§ 79 BVFG, 259 f. LAG

stellen [1], das Ausfuhrgeschäft [2] und viele andere förderungswürdig erscheinende Zwecke [3].

Darüber hinaus werden Bürgschaften bisweilen auch auf Grund einer Verwaltungsvorschrift, eines Etatpostens oder eines einfachen Parlamentsbeschlusses [4] übernommen.

4. Eine abgewandelte Methode der Subventionierung mittels öffentlicher Kredite oder Gewährleistungen ist die sogenannte "Refinanzierungszusage". Das Hoheitssubjekt verpflichtet sich hier dem Subventionsempfänger gegenüber, einem Dritten ein Rückdarlehen dafür zu gewähren, daß dieser seinerseits dem Subventionsempfänger ein Darlehen auszahlt. Mit der Darlehenssubvention hat die Refinanzierungszusage gemeinsam, daß das Hoheitssubjekt ein Darlehen hingibt, mit der Gewährleistungssubvention, daß der Subventionsempfänger nur i n d i r e k t gefördert wird.

Ein Beispiel dieser Art der Subventionierung bietet die Vorschrift des § 303 Abs.1 LAG, wonach der Ausgleichsfonds zur wirtschaftlichen und sozialen Förderung der Geschädigten und anderer Personenkreise Bürgschaften übernehmen und in Verbindung damit mit Zustimmung der Bundesregierung "Liquiditätskredite" gewähren kann.

N i c h t Förderung durch Refinanzierung, sondern unmittelbare Darlehenssubventionierung liegt vor, wenn das Hoheitssubjekt das Darlehen durch Kreditinstitute ("Hausbanken") auszahlen läßt; insoweit handeln die Hausbanken stellvertretend für das Hoheitssub-

---

1) Vgl. das Gesetz über eine Bundesbürgschaft für Kredite zur Finanzierung der Lebensmittelbevorratung i.d.F. vom 6.8.1953 - BGBl. I S.883

2) Vgl. das Gesetz v. 22.11.1955 - BGBl. I S.727

3) Zu den Rechtsquellen der Bürgschaften und Garantien des Staates vgl. schließlich STÖCKER, S.19 ff.

4) So z.B. die Ausfallbürgschaften des Bundes für Filmproduktionskredite auf Grund des Beschlusses des Bundestags vom 31.3.1950, 57. Sitzung, Stn.Ber. S.2120 A; vgl. dazu IPSEN, Rechtsgutachten, zitiert bei STÖCKER, S.208 Fußnote 634.

jekt oder doch als dessen Bote [1].

5. Subventionierung ist schließlich auch die sogenannte "Realförderung" durch bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge [2], durch bevorzugte Berücksichtigung bei der Vermietung, Verpachtung und Übereignung von Grund und Boden, Räumlichkeiten oder Betrieben durch die öffentliche Hand [3] und durch bevorzugte Zulassung zum Bezug bewirtschafteter Rohstoffe [4].

Der Subventionscharakter der Realförderung wird zwar gelegentlich bestritten [5], jedoch zu Unrecht: Der Subventionsbegriff [6] erfordert nicht, daß der Träger öffentlicher Verwaltung mit einer bestimmten Handlung allein und ausschließlich Subventionszwecke verfolgt. Verwaltungs-Rechtshandlungen können auch Subventionscharakter haben, wenn sie nicht ausschließlich, ja nicht einmal vorrangig der Förderung von Zivilpersonen dienen. Wesentlich ist nur, daß sie a u c h die Förderung bezwecken. Daher ist auch die bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge als praktisch wichtigster Fall der Realförderung als Subventionierung zu betrachten [7].

---

1) Ebenso FLESSA, DVBl 1957 S.118 ff.; hierher gehört die Vorschrift des § 3 Abs.1 Satz 3 des Gesetzes über die Kreditanstalt für Wiederaufbau i.d.F. vom 18.10.1961 - BGBl. I S.1878, wonach die Darlehen der Kreditanstalt über andere Kreditinstitute zu gewähren sind und nur in Ausnahmefällen mit Zustimmung des Verwaltungsrates der Kreditanstalt auch unmittelbar an den Empfänger ausgezahlt werden dürfen.

2) Vgl. §§ 74 BVFG, 12 a BEvG, 68 BEG, dazu die "Richtlinien für die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen" vom 31.3.1954, BAnz. Nr.68

3) Vgl. § 14 BEvG

4) Vgl. IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.55

5) So ZULEEG, a.a.O. S.9 f. und in NJW 1962 S.2233, unter Bezugnahme auf HENZE, S.21

6) S.o. S.8

7) Ebenso: IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.55; MAUNZ-DÜRIG, Art.1 Rd.-Nr. 137 Fußnote 1; MENGER, Verw.Arch. Bd.50 S.77; EYERMANN-FRÖHLER, § 40 Rd.-Nr. 41

Z W E I T E R A B S C H N I T T

Zweistufentheorie und andere Betrachtungsweisen bei Subventionen. Eine kritische Bestandsaufnahme

I. Kapitel. Die Zweistufentheorie

§ 4

1) Die Lehre IPSENs

Die Zweistufentheorie geht zurück auf IPSEN [1]. Sie gehört inzwischen zum gesicherten Bestand von Rechtslehre und Rechtsprechung und hat auch in die Gesetzgebung Eingang gefunden [2]. Gleichwohl kann sie, wie noch des näheren dargelegt werden soll, in mancher Hinsicht nicht befriedigen.

a) Die zwei Stufen des Subventionsrechtsverhältnisses

IPSEN geht davon aus [3], daß ein Subventionsrechtsverhältnis regelmäßig durch einen Antrag des die Subvention Begehrenden eingeleitet wird, und zwar unabhängig davon, ob das Gesetz den Subventionsanspruch in allen Beziehungen konkretisiert und nur von der Erfüllung bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen abhängig macht, oder ob das Gesetz auch für den Fall, daß der Subventionsbewerber alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, die Gewährung der Subvention dem Ermessen der Behörde überläßt. Die Entschließung der Behörde zu dem Antrage des Privaten soll, wie "in der Mehrzahl der gesetzlichen Regelungen der wichtigsten Subventionstypen und auch

---

1) Vgl. vor allem die 1956 erschienene Schrift "Öffentliche Subventionierung Privater" = DVBl 1956 S.461 ff., S.498 ff. und S.602 ff.; ders., "Rechtsgutachten über das Verfahren und den Rechtsschutz bei Gewährung und Verweigerung von Ausfallbürgschaften des Bundes für Filmproduktionskredite", unveröffentlicht, 1951, teilweise zit. bei STÖCKER; in Gedächtnisschrift für W. JELLINEK, S.593 ff.; ders., "Rechtsfragen der Investitionshilfe", AÖR Bd.78 S.284 ff., insbesondere S.292 - 294.

2) Vgl. § 102 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes

3) Öfftl.Subv.Iriv. S.61 f.

dort, wo sie fehlen, vorgesehen" sei und sich erweise, "im Falle positiver Erledigung lediglich Vorstufe und Voraussetzung zur Herstellung einer Sekundärbeziehung" sein, innerhalb deren die eigentliche Subventionsleistung erfüllt werde [1]; die Antragsablehnung stelle einen Rechtsakt dar, "dessen schlichte zivilrechtliche Charakterisierung nicht angebracht" sei. Bei den Subventionstypen des Kredits und der Gewährleistung zergliedere sich das Rechtsverhältnis im Falle der Antragsbewilligung in "zwei gesonderte, innerlich aber verknüpfte Rechtsbeziehungen teils öffentlichen, teils privaten Rechts" [2]. Die Antragsablehnung sei als "hoheitlicher Akt öffentlichen Rechts ohne nachfolgende weitere Rechtsgestaltung" anzusehen. Auch in den Fällen der Subventionierung durch verlorenen Zuschuß oder der Realförderung könne und werde oft das Subventionsverhältnis einstufig bleiben, also in einer einzigen Rechtsbeziehung bestehen [3].

Diese Auffassung begründet IPSEN wie folgt [4]: Die Subventionierung als Lenkungsmittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gehöre insoweit zur Hoheitsverwaltung, als die Verwaltung über ihre Bewilligung oder Ablehnung entscheide; denn hier vollziehe sich keine aktive und unmittelbare Teilhabe des Staates am Wirtschaftsablauf, keine "fiskalische Betätigung"; der Subventionszweck sei vielmehr ein "originär öffentlicher". Zur Erreichung solcher öffentlichen, dem Allgemeininteresse dienenden Zwecke benutze die Verwaltung nun typischerweise das Rechtsinstitut des Verwaltungsaktes. Die Rechtsbeziehung, die aus der Entscheidung über den Subventionierungsantrag des Privaten durch die Verwaltung erwach-

---

1) IPSEN, a.a.O. S.62

2) Ebenso WERNER, S.106 f.; HENZE, S.44 f., spricht von einer "deutlichen Zäsur" zwischen der Gewährung des Kredits, des Zuschusses oder der Zusage der Bürgschaftsübernahme einerseits und dem sich hieran anschließenden Vollzugsgeschäft andererseits.

3) A.a.O. S.62 f.; ebenso KULL, S.87

4) A.a.O. S.64 f.

se, sei daher eine solche des öffentlichen Rechts [1].

Sei die Entscheidung über das "Ob" der Subventionierung im positiven Sinne gefallen, schließe sich daran als Vollzug und "Erfüllungsgeschäft" im Wege zivilrechtlicher Abwicklung "die nach bürgerlichem Recht gebotene Gestaltung der zweiten Stufe" an, also der Abschluß des Darlehensvertrages, des Bürgschaftsvertrages usw. [2].

Bei den verlorenen Zuschüssen müsse unterschieden werden, ob die Bemessung des Geldzuschusses nach Grund und Höhe gesetzlich präzis geregelt sei und der Gesetzesvollzug der Verwaltung einen Ermessensspielraum nicht belasse, oder ob eine normative Regelung für die Leistung nicht vorhanden oder doch nur unvollkommen ausgestaltet sei. Im ersteren Falle seien die Rechtsbeziehungen in allen Richtungen als öffentlich-rechtlich zu beurteilen [3]. Dies gelte auch für das "zweistufige" Beihilfeverfahren für Gasölverbraucher: Sowohl die Anerkennung der Beihilfeberechtigung als auch die jeweilige Auszahlung der Beihilfe selbst seien öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. - Für die zweite Alternative könne

---

1) Derselbe Gedankengang findet sich bei IPSEN, Rechtsgutachten S.17, zit. bei STOCKER a.a.O.; vgl. ferner IPSEN, Rechtsfragen, AÖR Bd.78 S.292 unter aa. Nach HENZE, a.a.O. S.54 ff., fordert das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers, daß die Entscheidung über den Antrag auf Subventionsgewährung als ein Akt öffentlicher Gewalt anzusehen ist. Der modernen Verwaltung sei in großem Umfang die Aufgabe zugewachsen, Daseinsvorsorge zu betreiben, was zu einer spezifischen Abhängigkeit des Einzelnen vom Staat geführt habe. Aus der Angewiesenheit des Einzelnen auf Hilfe und Förderung des Staates folge, daß er dieser Staatstätigkeit gegenüber, die u.U. für seine Existenz oder Nichtexistenz entscheidend sein könne, den gleichen Rechtsschutz genießen müsse wie gegenüber den Eingriffen in Eigentums- und Freiheitsrechte. Da die gegenwärtige Gestaltung des Rechtsschutzsystems die Rechtsverletzung durch einen Verwaltungsakt zur Prozeßvoraussetzung erhebe, könne das Rechtsschutzbedürfnis im Bereich der fördernden Wirtschaftsverwaltung nur dadurch befriedigt werden, daß die Entscheidung der Subventionsverwaltung als ein Verwaltungsakt gekennzeichnet werde.

2) IPSEN, a.a.O. S.66; mit "Bürgschaftsvertrag" ist offenbar ein privatrechtlicher Vertrag gemeint, in dem sich der Hoheitsträger zur Übernahme einer Bürgschaft für die Verpflichtung des Subventionsempfängers gegenüber einem Dritten verpflichtet, also nicht ein Rechtsgeschäft i.S.d. §§ 765 ff. BGB.

3) Ebenso WERNER, S.103

eine generelle Antwort kaum gefunden werden; es komme darauf an, ob der Subventionsempfänger auf die inhaltliche Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses einen irgendwie gearteten mitbestimmenden Einfluß habe. Aber auch im Falle einer solchen Koordination könne das Subventionsverhältnis nicht dem Zivilrecht - etwa als Schenkungsvertrag - zugeordnet werden wie der Darlehens- und der Bürgschaftsvertrag [1], da der Staat nicht die Absicht einer unentgeltlichen Zuwendung habe; die Bezuschussung erfolge nicht "donandi", sondern "stimulandi causa"; sie habe die wirtschaftliche Funktion, den Subventionsempfänger zu einer Leistung anzuhalten, an deren Erbringung das öffentliche Lenkungsinteresse bestehe. Aus alledem folge, daß "das derart entstehende Vertragsverhältnis als ein solches öffentlichen Rechts anzusehen" sei [2].

Diese Auffassung IPSENs erscheint inkonsequent: Unterstellt man mit IPSEN, daß die Bedeutung und Aufgabe der Subvention für die gewährende Verwaltung in der Erzielung eines bestimmten Interventionserfolges öffentlichen Interesses liegt [3], dann bezwecken nicht nur Subventionen in Form von verlorenen Zuschüssen, sondern auch solche in Form von Darlehen, Gewährleistungen und Refinanzierungen einen bestimmten Interventionserfolg öffentlichen Interesses; auch Subventionen dieser Art werden "stimulandi causa" gewährt. Andererseits nötigt ebensowenig der Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit dazu, verlorene Zuschüsse rechtlich anders zu beurteilen als die Darlehens-, Gewährleistungs- und Refinanzierungssubventionen, denn auch diese bedeuten für den Subventionsempfänger einen - wie auch immer gearteten - unentgeltlichen Vermögensvorteil [4]. Ob eine unterschiedliche Behandlung der verlorenen Zuschüsse gegenüber den anderen Subventionsarten gleichwohl, wenn auch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten, notwendig ist, braucht hier noch nicht entschieden zu werden.

---

1) S. Fußnote 2 S.17

2) IPSEN, a.a.O. S.70

3) Ebenda S.7 f.

4) So IPSEN selbst a.a.O. S.7 f.

Bei der sogenannten Realförderung soll nach IPSEN die A b l e h n u n g eines Antrages auf Vergabe eines öffentlichen Auftrages gegenüber einem normativ in der öffentlichen Auftragserteilung Begünstigten einen Verwaltungsakt darstellen, während die p o s i t i v e Bescheidung des Antrages, nämlich die Auftragserteilung, sich dem Zivilrecht einordnet, ohne daß ihr eine hoheitliche Entscheidung erster Stufe vorgeschaltet ist. In beiden Fällen bleibt das Verfahren nach IPSEN also einstufig: bei Ablehnung rein öffentlich-rechtlich, bei Auftragserteilung rein privatrechtlich [1].

Auch die Einfuhrlenkung durch die Einfuhr- und Vorratsstellen vollzieht sich nach Auffassung IPSENs in einem einstufigen Verfahren, das ganz dem öffentlichen Recht angehört [2].

b) Einzelheiten der zweistufigen Konstruktion

aa) Die erste Stufe

Bewilligung und Ablehnung eines Antrages auf Subventionierung sind nach der Lehre IPSENs Verwaltungsakte, für die die gesicherten Grundsätze von Rechtsprechung und Rechtslehre gelten, also insbesondere: der Grundsatz der sachgerechten Prüfung eines Antrages, die Grundsätze über die richtige Handhabung des Ermessens, der Gewährung rechtlichen Gehörs, der Beachtung des Gleichheitssatzes und der Verhältnismäßigkeit des Mittels, der Bekanntmachung, des Widerrufs usw. [3]. Kredit- und Gewährleistungssubventionen seien zwar zweitgehend nur in Globalermächtigungen vorgesehen und daher häufig in höherem Maße Ermessensakte als die Zuschußsubventionen. Ein Rechtsanspruch auf Abschluß des "Erfüllungsvertrages" zweiter Stufe könne aber auch bei diesen Subventionsarten durch einen bewilligenden Verwaltungsakt erster Stufe, der seinerseits ein Ermessensakt sei, entstehen [4].

---

1) IPSEN, a.a.O. S.71 ff.

2) Vgl. IPSEN, Konstruktionsfragen S.600/611

3) Vgl. dazu auch IPSEN, VVDStRL Heft 11 S.130 und AÖR Bd.78 S.293

4) IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.76; ebenso WERNER, S.109

Bei der Entscheidung über den Subventionierungsantrag habe der Antragsteller zwar "die als Grundlage für die Entscheidung erforderlichen, ihm zugänglichen Nachweise und Aufklärungen zu liefern", eine "negative Beweislast" [1] dürfe ihm aber nicht aufgebürdet werden.

Die Bindung der Subventionsverwaltung an die Grundrechte, insbesondere an den Gleichheitsgrundsatz und das Willkürverbot, werde vor allem auch bei positiver Bescheidung des Subventionierungsantrages akut: Die Executive dürfe sich die Subventionsbewilligung nicht durch grundrechtswidrige Zugeständnisse des Antragstellers honorieren lassen. Darüber hinaus gelte die Grundrechtsbindung für die dem Verwaltungsakt beigefügten Nebenbestimmungen, insbesondere Auflagen. Sachgerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit, bezogen auf den jeweils qualifizierten Subventionszweck, seien Zulässigkeitserfordernisse und Inhaltsqualitäten der Auflage auch im Subventionsverfahren; dies schließe allerdings nicht aus, daß die Subventionsverwaltung mit den Auflagen a u c h andere öffentliche Aufgaben ihrer Zuständigkeit und ihres Amtsauftrages wahrnehme und erfülle, wenn dies nur sonst im Rahmen der Rechtsordnung geschehe [2]. Typisch und zulässig seien deshalb solche Auflagen, die der Erreichung des Subventionszweckes dienten, indem sie den Subventionsempfänger zu zweckentsprechender Verwendung der Subvention anhielten und zur Sicherung dieses Zieles Aufsichts- und Kontrollbefugnisse in das Subventionsverhältnis einfügten. Die Grenzen der Zulässigkeit auch dieser Auflagen seien freilich erreicht, wenn sich Aufsicht und Kontrolle der Subventionsverwaltung gegenüber dem Subventionierten zu Abhängigkeitsverhältnissen steigerten, die die Zweckbindung der Subvention zu einer allgemeinen Staatsaufsicht gestalteten.

Eine positiv-rechtliche Ermächtigung zur Festsetzung von Auflagen ist nach IPSEN entbehrlich, soweit die Verwaltung in der Subventionsentscheidung selbst nicht gebunden ist; denn soweit das Organ

---

1) Unzulässig ist deshalb nach IPSEN, a.a.O., der bei den bereits erwähnten Filmbürgschaften dem Subventionsbewerber zugemutete Nachweis, er stehe auf dem Boden demokratischer Grundordnung und ihm sei nichts Gegenteiliges vorzuwerfen.

2) IPSEN, a.a.O. S.79 f.

bei Vornahme einer Handlung frei sei, dürfe es seinen Handlungen auch Bedingungen und Auflagen beifügen [1].

Die Bewilligung der Subvention unter der Auflage, daß der Empfänger einer bestimmten Prüfungspflicht unterliegt, stellt ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis dar, das einerseits den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Beschaffung der Subventionsmittel, andererseits die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Empfängers enthält, die Prüfung zu dulden [2].

bb) Die zweite Stufe in ihrem Verhältnis zur ersten

Auflagen und Bedingungen werden nach der Behauptung IPSENs der Subventionsbewilligung üblicherweise mit der Maßgabe beigefügt, daß von ihrer Erfüllung oder von ihrem Eintritt der Abschluß des zivilrechtlichen "Erfüllungsvertrages" zweiter Stufe abhängig gemacht oder - darüber hinausgehend - vorgesehen werde, den Inhalt der Auflagen und Bedingungen a u c h zum Inhalt des "Erfüllungsvertrages" selbst zu machen.

Die zweistufige Strukturierung des Subventionsverhältnisses führt, wie IPSEN selbst zugeben muß [3], zu Komplikationen bei der Beantwortung der Frage, welche Auswirkungen die Vornahme eines Gestaltungsaktes innerhalb einer der beiden Stufen auf Bestand und Inhalt der anderen hat. IPSEN geht davon aus, daß das zweistufig gestaltete Subventionsverhältnis bis zu seiner gänzlichen Abwicklung aus zwei gleichzeitig existierenden, nacheinander begründeten Rechtsbeziehungen besteht [4], hält jedoch eine generelle Klärung

---

1) Ebenda S.82

2) Ebenda S.83

3) A.a.O. S.85

4) A.a.O. S.86: "Parallelität der Rechtsbeziehungen öffentlichen und privaten Rechts". Wenn ZULEEG, a.a.O. S.31 f., zwischen der Theorie IPSENs und HAMANNs einen Unterschied insofern glaubt feststellen zu können, als HAMANN, BB 1953 S.865, das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis auch nach Abschluß des zivilrechtlichen "Erfüllungsgeschäftes" als fortbestehend annimmt, während nach IPSEN die verwaltungsrechtlichen Beziehungen erster Stufe "konsumiert" werden, so ist diese Unterscheidung unzutreffend, wie IPSEN selbst a.a.O. S.86, Fußnote 128, bemerkt.

des Verhältnisses der beiden Stufen zueinander [1] für entbehrlich und beschränkt sich auf eine kasuistische Behandlung einzelner Auswirkungen der Verschränkung [2]:

1. Bei N i c h t i g k e i t des Bewilligungsbescheides erster Stufe aus anerkannten verwaltungsrechtlichen Gründen könne auch der Vertrag zweiter Stufe keine Wirksamkeit äußern; er müsse als von Beginn an unwirksam angesehen werden; das Darlehen sei ohne Rechtsgrund gegeben und deshalb kondizierbar. Zivilrechtlicher Kündigung des Vertrages oder eines entsprechenden Gestaltungsaktes bedürfe es nicht.

2. Sei die Subventionsverwaltung zum W i d e r r u f des Bewilligungsbescheides befugt, so erwachse ihr damit das Recht zur "Auflösung des Vertrages zweiter Stufe", ohne daß dieser dadurch ex tunc unwirksam würde. Ein Widerruf komme insbesondere in Betracht, wenn der Subventionsempfänger Auflagen nicht erfülle. Entsprechendes müsse gelten, wenn der Bewilligungsbescheid anfechtbar sei. In diesen Fällen, in denen die Subventionsverwaltung aus der öffentlich-rechtlichen Beziehung der ersten Stufe die vollzogene Subventionierung aufzuheben berechtigt sei, verschaffe ihr die verwaltungsrechtliche Befugnis hierzu auch alle Mittel, deren sie bedürfe, um die Vertragsbeziehung zweiter Stufe in der zivilrechtlich jeweils gebotenen Form der Kündigung, des Rücktritts usw. zu beenden [3].

cc) Die Abwicklung des Subventionsverhältnisses

Da verlorene Zuschüsse und Realförderungen nach der Lehre IPSENs uno actu gewährt werden und das Rechtsverhältnis somit einstufig

---

1) Denkbar wäre, daß die Bewilligung erster Stufe Wirksamkeitsvoraussetzung, Rechtsbedingung oder causa der zweiten Stufe ist

2) A.a.O. S.87 ff.

3) A.a.O. S.88 f.; aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß dies nur für die Darlehenssubventionierung gelten soll. Zur Subventionierung durch Gewährleistungen führt IPSEN a.a.O. unter Bezugnahme auf HENZE, a.a.O. S.77, zutreffend aus, daß der Widerruf der Bürgschaftsbewilligung den zwischen der Verwaltung und dem Bürgschaftsempfänger (Gläubiger des Subventionierten) geschlossenen Bürgschaftsvertrag, abgesehen vom Fall der Kollusion, nicht berührt.

bleibt, kommt eine Rückforderung auch dann nicht in Betracht, wenn der Geförderte später einen wirtschaftlichen Aufschwung erlebt und zur Rückerstattung der Subvention in der Lage ist.

Dagegen sind Darlehen zurückzuzahlen, sofern sie nicht nachträglich - etwa gemäß § 258 LAG - in einen verlorenen Zuschuß umgewandelt werden. Unzulässig ist es aber, nachträglich und einseitig einen verlorenen Zuschuß in ein Darlehen umzuwandeln oder die Subvention auf andere Weise zum Nachteil des Subventionierten, etwa durch Hinzufügen weiterer Auflagen, abzuändern, sofern dies nicht ausdrücklich gesetzlich, "hoheitlich-executiv" oder vertraglich vorgesehen sei [1].

dd) Rechtsschutz und Vollstreckung

Ausgehend von dem Interesse des Subventionsbewerbers an möglichst weitgehendem Rechtsschutz unterscheidet IPSEN folgende Fälle [2]:

Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes

1. bei Ablehnung eines Subventionierungsantrages;
2. bei Aufhebung der Subventionsbewilligung;
3. bei unterlassenem oder verweigertem Abschluß des zivilrechtlichen Erfüllungsgeschäftes;
4. bei Hinzufügen belastender Nebenbestimmungen;
5. zur Feststellung von Inhalt und Bestand der Subventionsbeziehung;
6. bei Rückforderung verlorener Zuschüsse im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens und
7. bei Rückforderung von Geldleistungen aus Darlehen.

1. Soweit die Subventionsverwaltung einem Antrag auf Gewährung einer Subvention nicht stattgegeben hat, steht dem Betroffenen der Verwaltungsrechtsweg offen. Da sowohl beim verlorenen Zuschuß als auch beim Darlehen und bei dem Versprechen der Bürgschaftsübernahme der Erlaß eines Verwaltungsaktes im Streit steht, bietet

---

1) So IPSEN, a.a.O. S.90 f.

2) A.a.O. S.92 ff.

die Vornahmeklage [1] die Aussicht, die begehrte Subventionierung gerichtlich zu erwirken. IPSEN weist zutreffend darauf hin, daß die strengen Voraussetzungen der Vornahme- bzw. Verpflichtungsklage nur bei entsprechender Ausgestaltung des materiellen Subventionsrechts oder in solchen Fällen ermessensfehlerhafter Bescheidung erfüllt sind, in denen allein die Subventionsbewilligung selbst eine ermessensgemäße Erledigung des Subventionsantrages darstellt. Bei der Ablehnung der Realförderung steht nach Auffassung IPSENs dagegen nur die Anfechtungsklage zur Verfügung, weil nur die Aufhebung des die Realförderung ablehnenden Verwaltungsaktes verlangt werden kann, die positive Bescheidung des Antrages auf Vergabe des öffentlichen Auftrages dagegen vollständig dem Privatrecht angehört.

2. Auch bei Aufhebung der Subventionsbewilligung ist nach IPSEN "grundsätzlich" derselbe Rechtsschutz gegeben. Es komme hier aber vorzüglich darauf an, in welcher Rechtsgestalt dem Subventionsempfänger die auf Beendigung des Subventionsverhältnisses zielende Entscheidung der Behörde gegenübertrete. Im Falle der öffentlich-rechtlich legitimierten, aber zivilrechtlich erklärten Kündigung stehe der ordentliche Rechtsweg offen. Wenn aber die Subventionsverwaltung gleichzeitig mit der Kündigung oder durch besonderen Akt die Beendigung des Subventionsverhältnisses dem Privaten gegenüber hoheitlich verlautbare, stehe ihm auch Verwaltungsrechtsschutz zu [2].

3. Wenn die Subventionsverwaltung nach der Bewilligung der Subvention den Abschluß des hierzu erforderlichen zivilrechtlichen Vertrages unterlasse oder verweigere oder aber in die Subventionsbeziehung zweiter Stufe Bindungen des Subventionierten aufgenommen wissen wolle, die den Inhalt oder die Modalitäten der Subventionsbewilligung verschärften, so seien, falls die Subventionsbewilligung den Rechtsanspruch auf derartige Subventionierung hinreichend

---

1) Nach Inkrafttreten der VwGO nunmehr "Verpflichtungsklage"; vgl. § 42 Abs.1 VwGO

2) Ebenda S.93 f.

verdeutliche, die Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Leistungsklage gegeben; hier werde die Mitwirkung der Subventionsverwaltung an der Herstellung einer Zivilrechtsbeziehung begehrt, zu der sie kraft der öffentlich-rechtlichen Subventionsbewilligung verpflichtet sei [1].

4. Wenn die Behörde zu der hoheitlichen Subventionsbewilligung belastende Nebenbestimmungen hinzufüge, könne der Subventionsbewerber diese verwaltungsgerichtlich anfechten, soweit es sich - wie bei Auflagen - um selbständige Verwaltungsakte handele.

5. Unter den gewöhnlichen Voraussetzungen einer Feststellungsklage, also insbesondere solange nicht Gestaltungs- oder Leistungsklage direkt möglich sind, kann der Subventionsempfänger nach IPSEN Inhalt und Bestand sowohl der öffentlich-rechtlichen Subventionsbeziehung als auch des Zivilrechtsverhältnisses zum Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen bzw. zivilgerichtlichen Feststellungsprozesses machen [2].

6. Gegen die Rückforderung verlorener Zuschüsse im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens steht dem Subventionierten nach IPSEN der Verwaltungsrechtsweg offen. Die Klage habe in diesem Falle Suspensivwirkung, ohne daß es hierzu gerichtlicher Aussetzung der Vollziehung bedürfe, denn Streitigkeiten dieser Art seien zwar solche um öffentlich-rechtliche Geldforderungen, nicht aber über "öffentliche Abgaben und Kosten", zu denen nur Steuern, Gebühren, Beiträge und Verwaltungskosten zu rechnen seien [3]. - Soweit die Subventionierung durch verlorenen Zuschuß Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen der Subventionsverwaltung und dem Subventionsempfänger geworden sei, komme das Verwaltungszwangsver-

---

1) A.a.O. S.94 f.; KULL, S.93, will in solchen Fällen auch die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zulassen. Dem dürfte aber entgegenzuhalten sein, daß nach h.M. für eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage dort kein Rechtsschutzbedürfnis besteht, wo eine - wenn auch zivilrechtliche - Leistungsklage erhoben werden kann.

2) A.a.O. S.96 f.

3) A.a.O. S.97 und 100 unter Bezugnahme auf § 51 Abs.2 VO Nr.165 und § 51 Abs.2 VGG; vgl. die insoweit wörtlich übereinstimmende Bestimmung des § 80 VwGO.

fahren zur Durchsetzung von Rückforderungsansprüchen allerdings n i c h t zur Anwendung, da es sich hier um öffentlich-rechtliche Geldforderungen handele, die "im Wege des Parteistreites vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden" müßten [1]; dementsprechend werde der Staat hier in die Rolle des Klägers gedrängt [2].

7. Für die Rückforderung von Geldleistungen aus Darlehen soll nach Auffassung IPSENs der ordentliche Rechtsweg vor den Zivilgerichten eröffnet sein [3].

§ 5 2) Die Zweistufentheorie in Literatur und Rechtsprechung

In der Rechtslehre hat die Theorie IPSENs allgemein ein günstiges Echo gefunden; sie kann als herrschend bezeichnet werden. Gleichwohl sind Unterschiede in den einzelnen Lehrmeinungen unverkennbar.

a) Die Literatur

Als Befürworter der Zweistufentheorie gilt im allgemeinen HAMANN [4]. Seine Auffassungen bleiben jedoch undurchsichtig und widersprüchlich. HAMANN identifiziert Zweck und Mittel der Daseinsvorsorge und kennt nicht die Unterscheidung zwischen öffentlicher Aufgabe und öffentlich-rechtlicher Erledigung derselben. Folgende Zitate mögen das belegen [5]: "Wenn das Grundgesetz den sozialen Charakter der Bundesrepublik ausdrücklich festlegt - Art.20 I -, dann verpflichtet es den Staat damit zur Erfüllung dieser seiner Pflicht der Kreditgewährung oder Bürgschaftsleistung, dann handelt er in-

---

1) A.a.O. S.97 f. unter Bezugnahme auf § 1 Abs.2 VwVG

2) A.a.O. S.98 ff.

3) A.a.O. S.101

4) Öffentliche Kredite und Bürgschaften, BB 1953 S.865 ff.

5) A.a.O. S.865 f.

soweit hoheitlich, d.h. er bewegt sich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Daran ändert die zivilrechtliche Form solcher Kredite und Bürgschaftsleistungen nichts; es ist allgemein anerkannt, daß der Staat Lenkungsmaßnahmen auch in den Formen des Privatrechts durchführen kann." Der bürgerlich-rechtliche Vertrag sei "nur die Form, in der der Staat als Leistungsträger" auftrete [1].

Nicht eindeutig ist auch die Haltung SCHULEs [2] und FORSTHOFFs [3].

FORSTHOFF schreibt, unbeschadet der privatrechtlichen Abwicklung der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater könne kein Zweifel daran bestehen, daß die Verwaltung dabei keine fiskalischen Belange, sondern öffentliche Staatsaufgaben wahrnehme. Deshalb sei es mit dem Grundgesetz (Art.19 Abs.4) unvereinbar, wenn dieser wichtige Bereich der öffentlichen Verwaltung den Bindungen des öffentlichen Rechts, wie sie sowohl im Gleichheitssatz (Art.3 GG) als auch in dem Schutz gegen den Fehlgebrauch des Ermessens gegeben seien, entzogen bliebe [4]. Wie nach Ansicht FORSTHOFFs diese Bindung der Verwaltung in concreto auszusehen hat, bleibt offen. Es heißt bei FORSTHOFF nur, die Verwaltung nehme bei der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater "hoheitliche Zwecke" wahr und sei den Bindungen des öffentlichen Rechts unterworfen, die ergänzend zu den Normen des bürgerlichen Rechts hinzuträten; es handele sich hier also um Verwaltungsfunktionen, die nur "den gewählten Rechtsformen", nicht aber "der Sache nach" als privatrechtlich anzusprechen seien [5]. Vollends verwirrend ist schließlich FORSTHOFFs Behauptung, auch ein Verwaltungshandeln in den Formen des Privatrechts enthalte die Merkmale des Verwaltungsaktes, sofern es nicht Ausfluß der fiskalischen Betätigung sei, sondern der Verwirklichung öffentlicher Verwaltungszwecke diene [6].

---

1) A.a.O. S.866

2) VVDStRL Heft 11 S.97 f.

3) VwR S.88 und 113

4) A.a.O. S.88

5) A.a.O. S.113

6) A.a.O. S.181 Fußnote 3

SCHÜLE hingegen erklärt, es sei mehr und mehr zur Regel geworden, daß ein "deutlicher Trennungsstrich" gezogen werde zwischen der "Bereitstellung der Mittel" und ihrer Vergabe im einzelnen. Das erstere liege im "öffentlichen Bereich", das zweite sei weitgehend "privatisiert" und damit "kommerzialisiert". - Unter der Voraussetzung, daß SCHÜLE unter "öffentlichem Bereich" das öffentliche Recht, unter "privatisiert" die Unterwerfung unter die Vorschriften des Privatrechts und unter "Bereitstellung der Mittel" die hoheitliche Entscheidung der Subventionsverwaltung über das "Ob" der Subventionierung und nicht etwa die budgetmäßige Bereitstellung von Haushaltsmitteln verstanden wissen will, können diese Äußerungen als Votum für die Zweistufentheorie gewertet werden. Das wird durch folgende Äußerung SCHÜLEs bestätigt [1]:"Auch dort, wo die Einzelvergebung nicht durch Kreditinstitute, sondern durch Verwaltungsbehörden geschieht, schließt sich an den gewährenden Verwaltungsakt ein bürgerlich-rechtliches Geschäft an, und zwar in Gestalt eines gewöhnlichen Darlehens- oder Bürgschaftsvertrages."

Eindeutig hingegen stehen DÜRIG [2] und SIEBERT [3] auf dem Boden der Zweistufentheorie. Nach SIEBERT [3] ist der Durchführung der Subventionierung ein "öffentlich-rechtliches Vorverfahren vorgeschaltet". Bei positivem Bescheid auf den Antrag des Förderungsbewerbers (Verwaltungsakt) werde die Subvention "zugelassen". Die Gewährung der Subvention selbst erfolge dann im Wege des privatrechtlichen Vollzugsgeschäftes, obwohl die öffentlich-rechtliche Gewährung nach ausdrücklicher Vorschrift vielfach keinen Erfüllungsanspruch gebe. - SIEBERT stellt dann die Frage, ob der "zulassende" Verwaltungsakt als "Wirksamkeitsvoraussetzung", "Rechtsbedingung" oder "causa" des nachfolgenden Vollzugsgeschäftes anzusehen sei, und kommt zu dem Ergebnis, daß "die privatrechtliche Subvention jedenfalls nicht voll wirksam bleiben" könne, wenn die öffentlich-rechtliche Zulassung unwirksam sei. Zu dem Problem des Verhältnisses der beiden Stufen zueinander führt SIEBERT weiter

---

1) A.a.O. S.98

2) Vgl. MAUNZ-DÜRIG, Art.1 Rd.-Nr.137

3) NIEDERMEYER-Festschrift S.236 f.; ähnlich: DÖV 1959 S.736

aus, daß "die öffentlich-rechtliche Zulassung nach Hingabe des Kredites sicherlich nicht mehr einseitig zurückgenommen werden" könne. Mit Recht bemängelt IPSEN [1], daß SIEBERT hier nicht genügend differenziert: Die Erschleichung einer Subvention durch falsche Angaben oder Vorspiegelung von Tatsachen muß andere Rechtsfolgen nach sich ziehen als beispielsweise der Fall, daß der Subventionierte die mit der Förderung verbundenen Pflichten aus nicht in seiner Person liegenden Gründen nicht erfüllen kann.

b) Die Rechtsprechung

Das BVerwG hatte zum ersten Mal in seiner Entscheidung vom 12.1.1955 [2] sich die Zweistufentheorie zu eigen gemacht und erklärt, der Bescheid über die Bewilligung öffentlicher Mittel für den Wohnungsbau auf Grund des Ersten Wohnungsbaugesetzes sei ein Verwaltungsakt, während ausschließlich dem bürgerlichen Recht erst der Darlehensvertrag angehöre, der "auf Grund und in Vollzug des Bewilligungsbescheides geschlossen" werde. Im Kielwasser dieser grundlegenden Entscheidung vertritt das BVerwG dann, gefolgt vom OVG Münster [3] und vom VGH Stuttgart [4], die Zweistufentheorie in ständiger Rechtsprechung [5]. Dabei werden etwa die Entscheidung über Gewährung oder Ablehnung von Darlehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen [6] und von Krediten aus öffentlichen Mitteln, die für die wirtschaftliche Eingliederung von Vertriebenen und Flüchtlingen bestimmt sind [7], als Akte des öffentlichen Rechts qualifiziert.

---

1) Öfftl.Subv.Priv. S.88 Fußnote 132

2) BVerwGE Bd.1 S.308 = NJW 1955 S.437 = DVBl 1955 S.258

3) Vgl. die Entscheidungen vom 27.3.1953, DVBl 1953 S.578 = DOV 1953 S.703 = VerwRspr Bd.5 Nr.186, und vom 19.12.1958, DVBl 1959 S.665 m.Anm.v. FLESSA in DVBl 1960 S.137

4) Vgl. Urteil vom 31.3.1955, NJW 1956 S.75

5) Vgl. die Entscheidungen vom 29.9.1955, unveröffentlicht, zitiert bei STOCKER, S.223 Fußnote 681, vom 6.6.1958, BVerwGE Bd.7 S.89 = NJW 1959 S.115 m.zust.Anm.v. OBERMAYER = DOV 1958 S.667 m.Anm.v.FLESSA in DOV 1959 S.106, vom 23.7.1958, BVerwGE Bd.7 S.180 = NJW 1958 S.2128 m.Anm.v. FLESSA in NJW 1959 S.403, u.a.

6) S. das Gesetz vom 27.9.1950 - BGBl. I S.684

7) Vgl. Fußnote 5); Vorinstanz: OVG Berlin, Urt. v. 9.11.1954, JR 1955 S.75

Aufschlußreich sind ferner die beiden Entscheidungen vom 9.6.1959 und vom 31.8.1961. Den Bescheid der Bewilligungsbehörde über den Antrag auf Herabsetzung der Zinsen eines öffentlichen Wohnungsbaudarlehens qualifiziert das BVerwG als Verwaltungsakt [1]; hingegen betrachtet es den Streit über die Höhe der Zinsen für ein Aufbaudarlehen als dem Zivilrecht zugehörig [2].

Bei der Realförderung hält das BVerwG nicht nur die A b l e h n u n g eines Antrages auf Vergabe eines öffentlichen Auftrages gegenüber einem normativ Begünstigten, sondern, entgegen der Lehre IPSENs, auch die p o s i t i v e Entscheidung darüber für einen Verwaltungsakt [3].

c) Zweistufentheorie und verwandte Rechtskonstruktionen bei der Marktlenkung

Das Verfahren der Einfuhrlenkung und der Vorratshaltung nach den Marktlenkungsgesetzen [4] wird verschiedentlich als zweistufig beurteilt. Die Auffassungen sind allerdings weder einheitlich noch in jedem Falle eindeutig bestimmbar.

WINKELSTERN [5] bezeichnet die Festsetzung des Übernahmepreises durch die EVSt gemäß § 8 GetrG als einen Hoheitsakt, der für den Kaufvertrag privatrechtsgestaltend wirkt.

Ob MODEST [6] diese Auffassung teilt, wie ZULEEG [7] behauptet, dürfte zweifelhaft sein. Zutreffend führt MODEST zunächst aus [8], daß

---

1) Vgl. das Urt. v. 31.8.1961, DVBl 1962 S.134 m.zust.Anm.v. IPSEN ebenda

2) Beschluß v. 9.6.1959, DVBl 1959 S.665 m.Anm.v. FLESSA in DVBl 1960 S.137

3) So das Urt. des 7.Senats vom 6.6.1958, s. Fußnote 5 S.29; diese Rechtsansicht hat der nunmehr zuständige 8. Senat in seinem Urt. v. 8.3.1962 S.1535, aufgegeben.

4) Vgl. oben S.9 ff.

5) GetrG, Erl. zu § 8 Abs.1 und 5

6) Kommentar zum GetrG, § 8 Anm.9 bis 13

7) A.a.O. S.29 Fußnote 5

8) A.a.O. Anm. 9 ff.

aus der Organisationsform der EVSt als Anstalt des öffentlichen Rechts nicht gefolgert werden könne, sie könne sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht auch auf den Boden des Privatrechts begeben. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Tätigkeit der EVSt dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist, weist MODEST auf die Widersprüche des Getreidegesetzes hin [1]: Die Befreiung von der Umsatzsteuer gemäß § 8 Abs.3 Satz 4 GetrG könne sinnvollerweise nur bedeuten, daß die Übernahme und Abgabe von Getreide gemäß § 8 Abs.1 und 3 GetrG Vorgänge des Privatrechts seien, weil für Vorgänge des öffentlichen Rechts ohnehin keine Umsatzsteuerpflicht bestehe. Die Befugnis der EVSt nach § 15 Abs.2 GetrG, zur Deckung ihrer Verwaltungskosten Gebühren zu erheben, lasse jedoch darauf schließen, daß der Vorgang doch dem öffentlichen Recht angehöre. Der Umstand wiederum, daß nach § 15 Abs.4 GetrG die Vorschriften der Reichsabgabenordnung nur für die Beitreibung der Gebühren (und der Abgaben der Mühlenstelle), nicht aber zur Durchsetzung von Forderungen der EVSt aus der Verrechnung von Übernahme- und Abgabepreis anwendbar seien, rechtfertige die Annahme, daß der Gesetzgeber den Vorgang der Übernahme und der Abgabe des Getreides im Sinne von § 8 Abs.1 und 3 GetrG nicht dem öffentlichen Recht habe zuweisen wollen. MODEST entscheidet sich für eine rein privatrechtliche Betrachtung mit der Begründung, das Gesetz verwende die Begriffsbezeichnungen "Kauf", "Kaufpreis" und "zurückkaufen", wolle sich damit also offenbar auf die Vorschriften des BGB beziehen [2]. Zwar fehlten die für den bürgerlich-rechtlichen Kaufvertrag typischen Elemente der Übergabe, der Übereignung und der Gewährleistung; es handele sich aber auch gar nicht um echte Kaufverträge, sondern um "Differenzgeschäfte auf der Basis von Kaufverträgen", die trotz des Verbotes in § 764 BGB und in §§ 58 ff. des Börsengesetzes nach dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" zuläs-

---

1) Ebenda

2) IPSEN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK S.601 f.: "falsa demonstratio"

sig seien [1].

Entgegen dieser rein privatrechtlichen Auffassung nimmt der BGH für das Verhältnis der EVSt zum Importeur ein aus öffentlichem und privatem Recht gemischtes Rechtsverhältnis an [2]. Im Anschluß an ILSEN [3] geht der BGH davon aus, "daß die in § 8 Abs.1 begründete Anbietungspflicht des Importeurs im öffentlichen Recht ruht". Aber auch die Ablehnung des Übernahmeangebotes wie die die Übernahme aussprechende Erklärung der EVSt hätten den Charakter eines Verwaltungsaktes. Unter Hinweis auf die Worte "Kauf", "Kaufpreis" und "Rückkauf" gelangt der BGH dann zu dem Ergebnis, daß durch den Verwaltungsakt der Übernahme u n m i t t e l b a r ein dem Privatrecht angehörendes Rechtsverhältnis entsteht [4].

Entgegen dieser Auffassung des BGH qualifiziert das BVerwG [5] auch die durch den Verwaltungsakt der Übernahme h e r g e s t e l l t e n Rechtsbeziehungen zwischen der EVSt und dem Importeur als öffentlich-rechtlich. Der positive Kompetenzkonflikt zwischen den beiden oberen Bundesgerichten deutet sich bereits in dem Urteil des BVerwG vom 8.3.1956 [6] an, in dem es heißt, aus

---

1) MODEST räumt selbst ein, daß eine solche Auslegung nicht zwingend ist, und meint, die Preisfestsetzung könne auch eine dem § 315 BGB ähnliche Bestimmung des Kaufpreises darstellen. Eine solche Bestimmung könne nach § 315 Abs.3 BGB angefochten werden, wenn sie offenbar unbillig sei. Im übrigen sei es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, den Übernahmepreis der EVSt einer gerichtlichen Nachprüfung zu entziehen. Dadurch, daß die Festsetzung des Übernahmepreises als Verwaltungsakt qualifiziert werde, sei nichts gewonnen, denn auch in diesem Falle könne nur eine ermessensmißbräuchliche (sc. nicht sachgerechte bzw. nicht verhältnismäßige) Preisfestsetzung erfolgreich angefochten werden.

2) Urteil vom 16.2.1956, BGHZ Bd.20 S.77 = NJW 1956 S.670 = DÖV 1956 S.367 m.Anm.v. HUBER in DÖV 1956 S.355

3) Gedächtnisschrift für W. JELLINEK S.600

4) ZULEEG, a.a.O. S.30 f., spricht daher zutreffend von einem "einstufigen, gemischten Rechtsverhältnis"; FLESSA, DVBl 1957 S.82: "durch Verwaltungsakt begründetes Schuldverhältnis". Das Rechtsverhältnis soll zwar teils dem öffentlichen, teils dem privaten Recht angehören; die beiden Stufen bestehen jedoch nicht parallel nebeneinander; die öffentlich-rechtliche endet, sobald sie die privatrechtliche hervorgebracht hat.

5) Urteil vom 7.3.1958, BVerwGE Bd.6 S.244 = DÖV 1958 S.419 = NJW 1958 S.1107 m.Anm.v. OBERMAYER

6) BVerwGE Bd.3 S.205 = DÖV 1956 S.366 m.Anm.v. HUBER - auch zu dem Urteil des BGH vom 16.2.1956 - in DÖV 1956 S.355

der Formulierung "zum Kauf anbieten" in § 8 Abs.1 GetrG könne zwar der Schluß gezogen werden, daß zwischen dem Einführer und der EVSt ein Kaufvertrag des bürgerlichen Rechts zustandekomme, daß diese Auslegung aber nicht im Einklang mit den öffentlichen Aufgaben der EVSt stehe. Übereinstimmend mit dem BGH stellt das BVerwG dann aber fest, "daß jedenfalls die Festsetzung des Übernahmepreises ein Verwaltungsakt auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ist, der im Verwaltungsrechtswege angefochten werden kann". - Das Urteil vom 7.3.1958 entscheidet sich dann klar und eindeutig für eine rein öffentlich-rechtliche Beurteilung der gesamten Rechtsbeziehung zwischen der EVSt und dem Importeur, indem es die mit dem Gesetz verfolgten öffentlichen Ziele der Preis- und Mengenschleuse für maßgebend erachtet [1]. Das Gericht erklärt: Die in sich selbst nicht einheitliche Ausdrucksweise des Gesetzes dürfe nicht überbewertet werden; der vom Gesetz als Kauf und Rückkauf, zugleich aber auch als Übernahme und Abgabe bezeichnete Vorgang erweise sich als eine rechtliche Konstruktion zur Erreichung rein öffentlich-rechtlicher Ziele. Die gegenteilige Auffassung des BGH, die den Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen dem Übernahmepreis und dem Abgabepreis dem Privatrecht zugerechnet wissen wolle, sei schon deshalb "nicht vertretbar", weil sie zu einer den Grundsätzen der Prozeßwirtschaftlichkeit widersprechenden Zerreißung der Rechtsschutzgewährung führe. Im Grunde sei die vom Gesetz gewählte Konstruktion nichts anderes als eine Fiktion zur Errechnung des von dem Importeur oder der Einfuhrstelle zu zahlenden Differenzbetrages.

HUBER weist ergänzend darauf hin, daß die Rechtsfigur des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes auf den "Übernahmevertrag" nicht passe, weil die EVSt als Hoheitsträger nicht nur "Erzeuger", sondern gleichzeitig auch "Partner" des entstehenden Rechtsverhältnisses sei. Einheitlich öffentlich-rechtlich sei der gesamte Vorgang aber auch schon deshalb, weil sich in dem Rechtsverhältnis

---

1) Es handelte sich in der Entscheidung um die Auslegung des § 9 ZuckG. Das Urteil fand den Beifall von HUBER, DÖV 1956 S.355, IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.60 Fußnote 96, u.a.

zwischen EVSt und Importeur, so wie die vier einfuhrlenkenden Gesetze es geordnet hätten, keine Spur von Gleichordnung und freier Vereinbarung zwischen den Partnern finde; einen mitbestimmenden Vertragswillen könne der Importeur nicht zur Geltung bringen [1].

Die Vorratshaltung der EVSt durch Aufnahme von Inlandsgetreide in die Bundesreserve ist nach Ansicht von PLEWNIA [2] in einem zweistufigen Verfahren im Sinne der Zweistufentheorie geregelt. Der Erzeuger von Getreide habe nach der Vorschrift des § 3 Abs.1 GetrPreisG ein subjektiv-öffentliches Recht auf Übernahme seiner nicht absetzbaren Getreidemengen in die Bundesreserve oder auf Gewährung einer Frachtbeihilfe. Das Gesetz sei zwingend, soweit das "Ob" des Handelns der EVSt in Frage stehe; ein Ermessensspielraum sei nur vorhanden im Hinblick auf die Frage, "wie" die EVSt bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Abs.1 GetrPreisG vorgehe. Lehne die EVSt die beantragte Aufnahme von Getreide in die Bundesreserve ab, so entscheide sie damit in hoheitlicher Form, daß eine nach § 3 Abs.1 GetrPreisG bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtung im Einzelfalle nicht vorhanden sei. Deshalb sei dieser Entscheidung der Charakter eines Verwaltungsaktes beizulegen. Genehmige die EVSt die Übernahme des Inlandsgetreides in die Bundesreserve, so schließe sie im Anschluß daran mit dem Antragsteller einen privatrechtlichen Vertrag, aus dem sich die Lieferungs- und Zahlungspflichten der Beteiligten ergäben. Der Preisberechnung im Rahmen des Abschlusses von Kaufverträgen, durch die Inlandsgetreide in die Bundesreserve aufgenommen werde, sei ebenso wie bei der Abgabe aus der Bundesreserve kein hoheitlicher Charakter beizulegen [3]. Nach dieser Ansicht ist also die Aufnahme von Inlandsgetreide in die Bundesreserve ein Anwendungsfall der Zweistufentheorie [4].

---

1) HUBLR, a.a.O. S.356

2) NJW 1959 S.1406

3) PLEWNIA, a.a.O. S.1406 f.; ebenso das Urteil des BVerwG vom 17.10.1958, BVerwGE Bd.7 S.264 = NJW 1959 S.212 = JZ 1959 S.259

4) Für die Gewährung eines Frachtkostenzuschusses nach § 3 Abs.1 Satz 2 GetrPreisG nimmt PLEWNIA offenbar, ohne daß dies ausdrücklich erklärt wird, eine einstufige, rein öffentlich-rechtliche Konstruktion an. - Zu der hier nicht weiter interessierenden Rechtskonstruktion bei der Aufnahme von Auslandsgetreide in die Bundesreserve vgl. PLEWNIA, a.a.O. S.1405 m.weit.Nachw.

§ 6 3) Die Vorzüge der Zweistufentheorie und ihre Schwächen

a) Vorteile der Zweistufigkeit

Die Zweistufentheorie ist zweifelsohne ein bedeutsamer Versuch, die im Bereich der Daseinsvorsorge, insbesondere bei der öffentlichen Subventionierung Privater auftauchenden Probleme einer brauchbaren Lösung zuzuführen. Während die öffentlich-rechtliche Stufe des Rechtsverhältnisses der Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes dienen soll, indem der Staatsbürger bei Verweigerung einer begehrten Subvention den Verwaltungsrechtsweg in Gestalt einer verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage beschreiten kann, wird auf die privatrechtliche Stufe vor allem deshalb Wert gelegt, weil der Behörde damit ein größeres Maß an Handlungsfreiheit und Beweglichkeit unter Ausnutzung der vielfältigen Gestaltungsformen des Privatrechts zur Verfügung steht [1]. Bei dieser Gestaltung des Subventionsrechtsverhältnisses ist die Behörde nicht in der Lage, die Erfüllung der vom Subventionsempfänger übernommenen Pflichten [2] mit dem ihr eigenen Machtmittel des Verwaltungszwanges durchzusetzen; sie bedarf dazu vielmehr eines zivilgerichtlichen Titels.

Nicht anders ist die Rechtslage bei der einstufigen, gemischten Rechtskonstruktion des BGH, bei der das Privatrechtsverhältnis unmittelbar durch den Verwaltungsakt begründet wird [3].

b) Problematik der zweistufigen Konstruktion

Trotz unverkennbarer Vorzüge drängen sich gegen die Zweistufentheorie tiefgreifende Bedenken auf, weil sie rechtsdogmatisch unbefriedigend bleibt und vielfach den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht wird.

---

1) Vgl. WOLFF, VwR I § 23 I a; FLESSA, DVBl 1957 S.81

2) Z.B. Rückzahlung des Kredites, Verzinsung, Bestellung von Sicherheiten usw.

3) Siehe oben S.32

aa) Rechtsdogmatische Bedenken

1. Die These IPSENs, wonach der "originär öffentliche" Zweck der Subventionierung auf eine öffentlich-rechtliche Gestaltung in Form eines Verwaltungsaktes schließen lasse [1], fordert zum Widerspruch heraus.

Ohne Bedeutung ist zunächst, daß IPSEN auf normative Beispiele verweisen kann, bei denen die Entscheidung der Subventionsverwaltung auf den Subventionierungsantrag eines Privaten hin tatsächlich in das Gewand eines Verwaltungsaktes gekleidet ist. Daraus jedoch direkt und ohne nähere Prüfung zu folgern, das Subventionsverhältnis werde r e g e l m ä ß i g durch einen Verwaltungsakt begründet und bei Krediten und Gewährleistungen sei, sofern der Antrag des Privaten eine positive Entscheidung gefunden habe, in jedem Fall der Verwaltungsakt bzw. die öffentlich-rechtliche Beziehung der Subventionsverwaltung zu dem Privaten lediglich Vorstufe und Voraussetzung zur Herstellung einer dem Privatrecht angehörenden Sekundärbeziehung, ist nicht schlüssig.

Unzutreffend in dieser Einseitigkeit ist schon die Behauptung, eine "originär öffentliche" Aufgabe, deren "Wahrnehmung fern aller fiskalischen Determinierung im öffentlichen Allgemeininteresse" liege, werde im allgemeinen auch mit den Mitteln des öffentlichen Rechts erfüllt, weil die typische Form der Rechtsgestaltung für im Allgemeininteresse liegende Entscheidungen der Hoheitsakt sei. Es ist in der Verwaltungsrechtslehre so gut wie unbestritten, daß die gestaltende öffentliche Verwaltung ihre spezifischen Aufgaben auch mit den Mitteln des Privatrechts erfüllen kann und tatsächlich auch vielfach so verfährt [2]. Der Schluß von der ö f f e n t l i c h e n Aufgabe auf die ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e Erledigung derselben ist, jedenfalls für

---

1) Öfftl.Subv.Priv. S.65

2) Vgl. WOLFF, VwR I § 23 I a; HUBER, DÖV 1956 S.355; FLESSA, DVBl 1957 S.81; HAMANN, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S.98; IPSEN, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK S.600; ebenso BGH, Urt.v. 16.2.1956, vgl. Fußnote 2 S.32.

den Bereich der Daseinsvorsorge, unzulässig. Es bedarf anderer Kriterien, um zu beurteilen, ob eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe von der Verwaltung mit den Mitteln des öffentlichen Rechts erledigt wird.

Eine weitere kritische Bemerkung sei hinzugefügt: Der Verwaltungsakt ist nicht die einzige Form verwaltungsrechtlichen Handelns. Es dürfen nicht die verwaltungsrechtlichen Willenserklärungen übersehen werden, die im Zuge verwaltungsrechtlicher Rechtsgeschäfte ergehen [1]. Aus der Feststellung, die Subventionsverwaltung habe den Subventionierungsantrag hoheitlich beschieden, kann daher nicht zwingend auf das Vorliegen eines Verwaltungsaktes geschlossen werden. Auch hier bedarf es einer näheren Prüfung, bei der festzustellen wäre, ob die hoheitliche Willenserklärung rechtsgeschäftlicher oder regelnder Natur ist.

2. Erhebliche Vorbehalte gegenüber der Zweistufentheorie müssen schon deshalb gemacht werden, weil in der Praxis vielfach ein zweistufiges Vorgehen der Verwaltung überhaupt nicht festzustellen ist [2]. Die Tätigkeit der Subventionsverwaltung erschöpft sich in einer einzigen Willenserklärung. Um trotzdem an der Zweistufentheorie festhalten zu können, bleibt nichts anderes übrig, als in der e i n e n Willenserklärung der Behörde, die den Subventionierungsantrag positiv bescheidet, gleichzeitig eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Erklärung zu sehen: den zulassenden Verwaltungsakt und das Angebot der Behörde auf Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages. Bisher war es jedoch in der Rechtslehre herrschende Meinung, daß ein und dieselbe Rechtshandlung nicht gleichzeitig öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Natur sein kann [3]. Daran ist wegen der grundsätzlichen Unterscheidung des öffentlichen vom privaten Recht auch

---

1) Vgl. WOLFF, a.a.O. § 45

2) Ebenso FLESSA, DVBl 1957 S.83; ZULEEG, S.69 f., und SCHAUMANN, JuS 1961 S.110 Nr.2

3) Vgl. RGZ 162/364; BGHZ 6/304; FLESSA, DVBl 1957 S.83 und DÖV 1959 S.106; ZULEEG, S.70; BITTER, DVBl 1960 S.335; a.A. BVerwG, Urt.v. 6.6.1958, vgl. Fußnote 5 S.29

weiterhin festzuhalten. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht besteht nach der "Subjektionstheorie" darin, daß Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts auf der Über- und Unterordnung von Hoheitsträger und Zivilperson, Rechtsverhältnisse des Privatrechts dagegen auf Gleichordnung beruhen. Danach ist es ausgeschlossen, daß ein Hoheitsträger in ein und derselben Rechtshandlung der Zivilperson im Verhältnis sowohl der Über- als auch der Gleichordnung gegenübertritt [1]. Zu demselben Ergebnis führt auch die Unterscheidungstheorie WOLFFs, die das öffentliche Recht als den Inbegriff derjenigen Rechtssätze definiert, welche nur solche Subjekte berechtigen oder verpflichten, die ausschließlich durch Rechtssätze oder Staatsakte bestimmt sind, oder die auf Grund eines Tatbestandes berechtigen oder verpflichten, der nur einem solchen Subjekt zurechenbar ist [2]. Die Willenserklärung eines Verwaltungsträgers kann daher immer nur auf einem Rechtssatz beruhen, der entweder a l l e Rechtssubjekte potentiell oder aktuell verpflichtet oder n u r Subjekte hoheitlicher Gewalt [3].

Aus alledem folgt, daß die Zweistufentheorie jedenfalls dann versagt, wenn bei einer Subventionierung auf Seiten der Behörde nur eine einzige Willenserklärung erkennbar ist.

3. Die Zweistufigkeit, insbesondere das Verhältnis der beiden Stufen zueinander, verbirgt eine Reihe verwickelter und kaum lösbarer Probleme, die letztlich auf die fundamentale Verschiedenheit von öffentlichem und privatem Recht zurückzuführen sind. Sie zeigen sich deutlich, wenn Mängel der ersten oder der zweiten Stufe vorhanden sind.

Bei Nichtigkeit des Bewilligungsbescheides erster Stufe kann nach Auffassung IPSENs "auch der Vertrag zweiter Stufe keine Wirksamkeit" äußern; er müsse "ebenfalls als von Beginn an unwirksam" an-

---

1) Ebenso ZULEEG, S.70 f.

2) WOLFF, VwR I § 22 II c; ders., AÖR Bd.76 S.205 ff.

3) "Sonderrecht" bzw. "Amtsrecht" der Träger hoheitlicher Gewalt; so WOLFF, ebenda.

gesehen werden; das Darlehen sei ohne Rechtsgrund gegeben und daher condizierbar [1]. ZULEEG [2] bestreitet das mit der Begründung, ein die Unwirksamkeit des Privatrechtsgeschäftes nach sich ziehender Tatbestand des bürgerlichen Rechts [3] sei nicht erfüllt.

MODEST versucht deshalb, diesen Schwierigkeiten mit der Rechtsfigur des "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" zu begegnen [4]. Nach herrschender Meinung wird die Geschäftsgrundlage gebildet durch "die beim Vertragsschluß zutage getretene, vom Geschäftsgegner in ihrer Bedeutung erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung beider Teile vom Vorhandensein ... gewisser Umstände, auf denen sich der Geschäftswille aufbaut". [5] Danach kann die Wirksamkeit des Bewilligungsbescheides in der Tat als Geschäftsgrundlage des zivilrechtlichen "Erfüllungsgeschäftes" gelten. Es ist aber zu beachten, daß das Fehlen der Geschäftsgrundlage im allgemeinen nur zu einer Beschränkung und Anpassung der gegenseitigen Rechte und Pflichten an die geänderte Lage führt. Eine völlige Lösung vom Vertrage ist nur dann zulässig, wenn eine Anpassung für den Verpflichteten unerträglich und absolut unzumutbar wäre [6].

Zutreffend wird die Nichtigkeit des Bewilligungsbescheides als ein solcher Grenzfall angesehen, bei dem es für das gewährende

---

1) IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.87; ähnlich SIEBERT, Festschrift für NIEDERMEYER S.237.

2) A.a.O. S.94.

3) Etwa: Dissens, Mangel der Form oder der Ernstlichkeit, Sittenwidrigkeit, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot u.ä.

4) Anm.13 zu § 8 GetrG.

5) RGZ 168/126; RG in JW 1937 S.2036; BGH, Urt.v. 15.6.1951, NJW 1951 S.836; ENNECCERUS-LEHMANN, § 41 II 4; PALANDT-DANCKELMANN, § 242 Anm.6 c: "Vorstellungen über Vorhandensein und -bleiben ... gewisser grundlegender Umstände, die zwar nicht Vertragsinhalt (als Rechtsgrund, causa oder Bedingung) geworden, andererseits auch nicht bloß Beweggrund geblieben, sondern entweder von beiden Vertragspartnern oder doch von dem einen unter Erkennen und Nichtbeanstandung durch den anderen zur Grundlage des Geschäfts gemacht worden sind".

6) LARENZ, Geschäftsgrundlage S.170 ff.; PALANDT-DANCKELMANN, a.a.O. m.weit.Nachw.

Hoheitssubjekt unzumutbar ist, an dem zivilrechtlichen "Erfüllungsgeschäft" festzuhalten, zumal auf der anderen Seite auch das Vertrauen des Einzelnen in die Autorität und Rechtskenntnis der Behörde keinen Schutz verdient [1]. Die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes erster Stufe bewirkt daher ipso iure [2] eine Unwirksamkeit auch der privatrechtlichen Beziehung.

Es muß jedoch hervorgehoben werden, daß bei Nichtigkeit des erststufigen Verwaltungsaktes eine automatische Unwirksamkeit der privatrechtlichen Stufe nach den Grundsätzen des "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" bei Gewährleistungs- und Refinanzierungssubventionen nicht in Betracht kommt. Bürgschaft bzw. Refinanzierungsdarlehen werden in ihrem Bestand nicht berührt durch eine Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses zwischen dem bürgenden bzw. refinanzierenden Hoheitssubjekt und dem (indirekt) subventionierten Hauptschuldner [3].

4. Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist eine seltene Erscheinung. Viel häufiger ist die r e l a t i v e Rechtswidrigkeit, die zur Anfechtung oder seitens der erlassenden Behörde zur Beseitigung oder Rücknahme berechtigt. Hier versagt die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, weil eine verhältnismäßig weniger schwerwiegende Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes erster Stufe regelmäßig nicht eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue rechtfertigt. Rechtspolitische Erwägungen, vor allem die Rücksicht auf das öffentliche Interesse, erfordern es aber, daß

---

1) Nach WOLFF, VwR I § 51 III, ist ein Verwaltungsakt wegen absoluter Rechtswidrigkeit rechtlich unmöglich und daher nichtig, wenn "dessen Regelung so wie erlassen angesichts gültigen objektiven Rechts unter keinen denkbaren Lebensumständen möglich sein oder mangels des im Hoheitsakt selbst bezeichneten Substrats rechtliche Wirkung überhaupt nicht haben kann"; so die herrschende "objektive Evidenztheorie"; vgl. WOLFF, MDR 1951 S.523; BGH, Urt. v. 17.1.1952, BGHZ Bd.4 S.306 ff. m.weit.Nachw.

2) Nach LARENZ, a.a.O. S.173 und S.186, bedarf es einer rechtsgestaltenden Erklärung dann nicht, wenn der Fortfall der Geschäftsgrundlage klar zutage liegt und eine Erklärung den Umständen nach nicht erwartet werden kann; a.A. ZULEEG, S.94.

3) Ebenso ZULEEG, S.94 f.

die Behörde dann, wenn der Subventionsempfänger selbst die Fehlerhaftigkeit des Bewilligungsbescheides zu vertreten hat [1], die Möglichkeit hat, sich von den zivilrechtlichen Bindungen zu lösen.

Unter den gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 119 ff. BGB ist eine Anfechtung der privatrechtlichen Willenserklärung möglich. Die Anfechtung muß innerhalb der Fristen der §§ 121, 124 BGB erklärt werden. Nach deren Ablauf ist der Behörde die Beseitigung ihrer durch das privatrechtliche "Erfüllungsgeschäft" übernommenen Verpflichtungen auch nicht dadurch möglich, daß sie ein "außerordentliches Kündigungsrecht" ausübt [2]. Kündigung aus wichtigem Grunde unter Nichtbeachtung der gesetzlichen oder vertraglich ausbedungenen Fristen ist in Rechtsanalogie zu den Vorschriften der §§ 626, 723 BGB nur bei Dauerschuldverhältnissen zulässig, die zu einer persönlichen Leistung verpflichten oder ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis voraussetzen [3]. Da "Dauerschuldverhältnisse" [4] entweder ein dauerndes Verhalten oder in bestimmten Zeitabschnitten wiederkehrende einzelne Leistungen zum Inhalt haben, fallen Darlehens- und Gewährleistungssubventionen nicht unter diesen Begriff. Demgemäß steht der Behörde nach erfolgreicher verwaltungsgerichtlicher Anfechtung oder Beseitigung oder Zurücknahme des rechtswidrigen Bewilligungsbescheides bezüglich des privatrechtlichen Schuldverhältnisses ein außerordentliches Kündigungsrecht nicht zu.

Wie der berechtigten Forderung FLESSAs, die Beendigung der Rechtsbeziehung auf beiden Stufen müsse Hand in Hand gehen [5], Geltung verschafft werden kann, ist nicht ersichtlich.

---

1) Wichtigster Fall: Erschleichung der Subvention durch arglistige Täuschung

2) A.A. FLESSA, DVBl 1957 S.84

3) Vgl. ENNECCERUS-LEHMANN, § 4 II 4

4) Vgl. LARENZ, Schuldrecht, Allg.T., § 2 VI; typische Dauerschuldverhältnisse sind: Miete und Pacht, Dienstvertrag, Gesellschaft, "Bezugsverträge" u.ä.

5) FLESSA, a.a.O.

5. Auch der privatrechtliche Teil des zweistufigen Rechtsverhältnisses kann Mängel aufweisen, insbesondere nach den einschlägigen Vorschriften des BGB schwebend oder endgültig unwirksam sein [1]. Hier liegt es im Interesse des Subventionsbewerbers, Neuvornahme des Zivilrechtsgeschäftes verlangen und gegebenenfalls, wenn die Behörde ihre Mitwirkung am Vertragsschluß unterläßt oder verweigert, durch zivilrechtliche Leistungsklage zum Ziel kommen zu können [2]. Da das Schuldrecht vom Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht wird [3], können die Beteiligten in der Regel frei entscheiden, ob durch Vertrag ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis begründet werden und welchen Inhalt im einzelnen dieses Schuldverhältnis haben soll. Der Vertragsfreiheit sind jedoch Grenzen gesetzt. Insbesondere kann gesetzlich ein Abschlußzwang bestimmt sein. ZULEEG behauptet deshalb, daß der Subventionsbewerber seinen Anspruch gegen die Subventionsverwaltung auf Mitwirkung bei dem Abschluß des bürgerlich-rechtlichen Vertrages darauf stützen kann, daß durch den hoheitlichen Bewilligungsbescheid für die Subventionsverwaltung ein Kontrahierungszwang entstanden ist [4].

Das muß in Zweifel gezogen werden. Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten Inhalts oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen [5]. Wegen des Eingriffs in die privatrechtliche Verpflichtungsfreiheit bedarf der Kontrahierungszwang der gesetzlichen Grundlage, in der ausdrücklich oder implizite der rechtliche Zwang, einen Vertrag in Lauf setzen zu wollen, enthalten sein muß [6].

---

1) Vgl. §§ 106 ff., 119 ff., 125, 138, 154 f., 105 BGB

2) Ebenso IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.94 f.; mit der Klage müßte die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, nämlich die Annahme des Vertragsangebotes, begehrt werden.

3) § 305 BGB

4) ZULEEG, S.97

5) Vgl. NIPPERDEY, Kontrahierungszwang S.7

6) NIPPERDEY, a.a.O. S.8 und 12

In dem Bewilligungsbescheid selbst kann diese g e s e t z - l i c h e Grundlage zweifellos nicht gefunden werden, da es sich um einen Verwaltungsakt handelt. Ganz abgesehen davon ergeht der die Subventionierung "zulassende" Verwaltungsakt, wie bereits gezeigt, keineswegs regelmäßig auf Grund eines Gesetzes. Ein Abschlußzwang kann schließlich auch in allen Fällen nicht angenommen werden, in denen der Bewilligungsbescheid zwar auf gesetzlicher Grundlage beruht, das Gesetz die Subventionierung aber in das Ermessen der Behörde stellt. Anspruchsgrundlage für den begehrten Abschluß des bürgerlich-rechtlichen Vertrages zweiter Stufe könnte daher allenfalls die Vorschrift des § 826 BGB sein [1]. Das setzt freilich voraus, daß durch das Nichtkontrahieren in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt werden würde. Die unterlassene bzw. verweigerte Mitwirkung der Behörde am Vertragsschluß müßte gegen das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen" (!). Der Subventionsbewerber wäre gezwungen, der Behörde Schädigungsvorsatz nachzuweisen [2]. Dazu wird er in aller Regel nicht in der Lage sein.

6. Kaum geringere Schwierigkeiten bringt die Verzahnung von öffentlichem und privatem Recht in einem zweistufigen Rechtsverhältnis mit sich, wenn die Nebenbestimmungen der ersten Stufe sich inhaltlich mit denen der zweiten nicht decken, sei es daß Nebenverpflichtungen in das Privatrechtsverhältnis aufgenommen werden sollen, die in dem Bewilligungsbescheid nicht vorgesehen waren, sei es daß sie verschärft werden [3].

---

1) So ZULEEG, S.97

2) Nach h.M. genügt allerdings dolus eventualis; vgl. PALANDT-GRAMM, § 826 Anm.3 a m.weit.Nachw.

3) WERNER, S.108, meint, der Darlehensvertrag dürfe den durch den Bewilligungsbescheid gesteckten Rahmen nicht sprengen, läßt jedoch ebenfalls offen, wie dieses Ziel erreicht werden kann.

bb) Praktische Unzuträglichkeiten

Die Zweistufentheorie führt zu einer Häufung von Rechtsverhältnissen, preßt einen einheitlichen Vorgang in zwei voneinander unabhängige Rechtswege [1], verursacht eine unnötige Aufspaltung des Rechtsschutzes und verlängert und erschwert damit die Rechtsverwirklichung für den Bürger.

Schon in dem einfachen Fall einer Subventionierung durch Refinanzierung oder Übernahme einer Bürgschaft sind mindestens drei Subjekte beteiligt: Das refinanzierende bzw. bürgende Hoheitssubjekt, der Darlehensgeber als Empfänger des Refinanzierungsdarlehens bzw. der Bürgschaftserklärung und der (indirekt) subventionierte Darlehensschuldner. Zwischen diesen Beteiligten bestehen folgende Rechtsverhältnisse:

1. das privatrechtliche Darlehensverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner;
2. das privatrechtliche Bürgschafts- bzw. Rückdarlehensverhältnis zwischen Gläubiger und Hoheitssubjekt;
3. das die Subventionierung zusagende öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen Hoheitssubjekt und Subventionsempfänger (Schuldner) [2].

Über die öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen Hoheitssubjekt und Subventionsempfänger hinaus fordert die Zweistufentheorie folgende privatrechtliche Verträge [3]: Bei Bürgschaften oder Gewährleistungen einen "Direktvertrag" zwischen dem bürgenden Hoheitssubjekt und dem Subventionsempfänger ähnlich dem im Privatrecht üblichen Auftrag, in dem dieser jenem gegenüber Verpflichtungen übernimmt, "mit denen das Kreditverhältnis Bank/Bürger nicht belastet werden soll" [4]; bei Refinan-

1) Ebenso HAAS, DVBl 1960 S.307

2) Bisweilen fehlt es gänzlich an einem solchen Rechtsverhältnis; entsprechend ist dann auch ein privatrechtlicher "Direktvertrag" zweiter Stufe nicht vorhanden.

3) Vgl. FLESSA, DVBl 1957 S.119 unter B

4) FLESSA a.a.O.; beachte jedoch den Vorbehalt in Fußnote 2).

zierungen einen entsprechenden "Direktvertrag" zwischen dem refinanzierenden Hoheitssubjekt und dem Subventionsempfänger. Danach müßten also bei den Refinanzierungs- und Bürgschaftssubventionen insgesamt vier Rechtsbeziehungen unterschieden werden.

Die öffentliche Verwaltung muß mit den ihr anvertrauten Mitteln vorsichtig und sparsam umgehen. Um den gewünschten Subventionserfolg sicherzustellen und das Risiko zu verteilen, werden deshalb nicht selten mehrere Subventionsarten miteinander verbunden. So kommt es vor, daß ein Teil des Geldes als verlorener Zuschuß hingegeben wird, ein anderer aber nur als Darlehen. Üblich ist es auch, Darlehens- und Bürgschaftssubventionen miteinander zu verbinden. Schließlich verspricht in manchen Fällen bereits die Gewährung von Zinszuschüssen in Verbindung mit Refinanzierungen eine wirksame Förderung. Bei dieser Koppelung verschiedener Subventionsarten sind im allgemeinen mehrere Hoheitssubjekte beteiligt. Eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen ist die unausbleibliche Folge. Hier schafft die Zweistufentheorie nur noch mehr Verwirrung; es kommt zu einer unübersichtlichen Häufung von Rechtsverhältnissen [1].

Die Zweistufentheorie hat das erklärte Ziel, dem Subventionsbewerber durch Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges einen möglichst wirksamen Rechtsschutz zu garantieren. Dieses Ziel verfehlt sie jedoch nicht nur, weil sie übersieht, daß die Voraussetzung einer erfolgreichen verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage, nämlich der Rechtsanspruch auf Erlaß des die begehrte Subvention bewilligenden Verwaltungsaktes, in den weitaus meisten Fällen nicht

---

1) FLESSA, a.a.O. S.119, bringt folgendes Beispiel: Für einen ERP-Kredit, den ein Vertriebener von seiner Hausbank bekommt, erhält diese von der Lastenausgleichsbank ein Refinanzierungsdarlehen. Für das Kreditrisiko muß zu 60 % das zuständige Bundesland eine Bürgschaft übernehmen, während die Lastenausgleichsbank eine 30-%-ige Entlastungszusage erteilt; 10 % des Risikos trägt die Hausbank selbst. Unter Zugrundelegung der Zweistufentheorie unterscheidet FLESSA dabei mindestens 10 (!) verschiedene, teils dem öffentlichen, teils dem privaten Recht angehörende Rechtsverhältnisse unter den Beteiligten.

gegeben ist, sondern auch deshalb, weil der einheitliche Vorgang der Subventionierung infolge der Zweistufigkeit auf z w e i , noch dazu voneinander völlig unabhängigen Rechtswegen der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.

Schon der mit der Inanspruchnahme zweier Rechtswege verbundene empfindliche Zeitverlust schreckt ab. Gegen den ablehnenden hoheitlichen Bescheid muß der Subventionsbewerber zunächst den Verwaltungsrechtsweg beschreiten [1]. Die Verpflichtungsklage mit dem Antrage, das beklagte Hoheitssubjekt zum Erlaß des abgelehnten bzw. unterlassenen begünstigenden Verwaltungsaktes zu verurteilen, ist nur begründet, wenn und soweit die Ablehnung bzw. Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig und der Kläger dadurch "in seinen Rechten verletzt" ist [2]. Da die Gewährung von Subventionen in der Regel, sofern überhaupt eine materiell-gesetzliche Grundlage vorhanden ist, in das Ermessen der Behörde gestellt ist, hat die Verpflichtungsklage nur Aussicht auf Erfolg [3], wenn das Verwaltungsermessen fehlerfrei nur noch in einer einzigen Richtung ausgeübt werden kann, jede andere als die beantragte Entscheidung also ermessensfehlerhaft wäre [4]. Gelingt es dem Subventionsbewerber, womöglich nach zeitraubender Inanspruchnahme mehrerer Instanzen, ein obsiegendes Ur-

---

1) Vor Erhebung der Verpflichtungsklage müssen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des ablehnenden Bescheides in einem Widerspruchsverfahren nachgeprüft werden, vgl. § 68 Abs.2 VwGO; dieses widerspruchsverfahren ist gemäß § 75 VwGO nur dann entbehrlich, wenn über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich überhaupt nicht entschieden worden ist; die Frist zur Klageerhebung beträgt dann im allgemeinen drei Monate.

2) Vgl. § 113 Abs.4 VwGO

3) Kein Erfolg in diesem Sinne ist das verwaltungsgerichtliche Urteil, das die Behörde nicht zu einer bestimmten Entscheidung, sondern nur zu erneuter Prüfung und Bescheidung des Antrages verpflichtet, sogen. "formelles subjektives Recht" auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens (vgl. BACHOF, Vornahmeklage S.87, 93), das auch nach Inkrafttreten der VwGO anerkannt ist; vgl. KLINGER, § 42 Anm. D 1 (S.151); EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Anm.62 m.weit.Nachw.

4) BACHOF, a.a.O. S.93 ff.; KLINGER a.a.O.; EYERMANN-FRÖHLER a.a.O.

teil zu erlangen, so ist er damit noch nicht im Besitze der Subvention. Dazu bedarf es nach der Zweistufentheorie zuvor noch eines Vertragsschlusses auf privatrechtlicher Ebene, den der Subventionsbewerber nur durch Klage vor den ordentlichen Gerichten erzwingen kann. Auch dieser Rechtsstreit kann sich über mehrere Instanzen hin erstrecken, bis endlich ein rechtskräftiges Endurteil gemäß § 894 ZPO die zum Abschluß des privatrechtlichen "Erfüllungsgeschäftes" notwendige Willenserklärung der Behörde ersetzt. Es ist nicht ausgeschlossen, daß nunmehr die Haushaltsmittel erschöpft sind oder das Subventionsbegehren, etwa infolge Konkurses des Subventionsbewerbers, gegenstandslos geworden ist [1].

Damit wird deutlich, daß die Zweispurigkeit des Rechtsweges die R e c h t s v e r w i r k l i c h u n g derart verlängert und erschwert, daß sie praktisch ein Wunschtraum bleibt. Die Zweistufentheorie bietet dem Subventionsbewerber keinen wirklichen Rechtsschutz.

Diese Bedenken wiegen um so schwerer, als die Zweistufigkeit bei den Darlehenssubventionen auch den geringsten Sinn verliert: Bekanntlich wird der wirtschaftliche Wert eines Kredites entscheidend von den einzelnen Konditionen (Zinssatz, Sicherheiten, Laufzeit, Tilgungsraten, Verwendungsvorschriften, Kontrollen usw.) bestimmt. Konsequenterweise müßten diese Bedingungen dem die Darlehenssubvention zulassenden Verwaltungsakt als Nebenbestimmungen beigefügt werden, damit auch sie der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen [2]. Dann ist aber nicht recht ersichtlich, warum der öffentlich-rechtlichen Stufe des Subventionsverhältnisses noch eine privatrechtliche folgen soll, da doch nicht nur das "Ob", sondern auch das "Wie" bereits auf der ersten Stufe einseitig-hoheitlich geregelt wird. Die zweite Stufe erscheint hier überflüssig.

---

1) Vgl. BACHOF, DOV 1953 S.423; FLESSA, DVBl 1957 S.121 und NJW 1959 S.404 unter 3)

2) Ebenso FLESSA, DVBl 1957 S.83 und DVBl 1960 S.137 unter 1)

c) Die einstufig-gemischte Rechtskonstruktion

Die Auffassung des BGH, der bei der Einfuhrlenkung der EVSt ein einstufiges, durch Verwaltungsakt begründetes privatrechtliches Rechtsverhältnis annimmt [1], mag zwar anfechtbar sein. Die einstufig-gemischte Rechtskonstruktion des "privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes" als solche ist jedoch weder "dogmatisch unmöglich" [2] noch ausschließlich dann zulässig, wenn ein Gesetz dem Verwaltungsakt privatrechtsbegründende Wirkung verleiht [3].

Die Behauptung, ein privatrechtsbegründender Verwaltungsakt sei unmöglich, weil ein Verwaltungsakt seinem Wesen nach unmittelbar nur ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zu einer Zivilperson begründen könne, übersieht, daß die - inzwischen allerdings außer Kraft getretene - Vorschrift des § 16 WohnBewG privatrechtsbegründende Verwaltungsakte positivrechtlich zuließ [4]. Es ist auch nicht zu erkennen, worin jener tiefgreifende Unterschied besteht, der dazu nötigt, privatrechtsbegründende Verwaltungsakte, die ein Rechtsverhältnis zwischen Dritten erzeugen, rechtlich anders zu behandeln als solche, bei denen das Hoheitssubjekt nicht nur Erzeuger des Rechtsverhältnisses ist, sondern auch dessen Partner wird.

Die einstufig-gemischte Rechtskonstruktion vermeidet die Nachteile der Zweistufentheorie. Nichtigkeit, erfolgreiche verwaltungsgerichtliche Anfechtung und Zurücknahme des Verwaltungsaktes haben zur Folge, daß das privatrechtliche Rechtsverhältnis nicht entsteht bzw. mit Wirkung ex tunc wieder beseitigt wird, denn es fehlt an einem wirksamen Begründungsakt [5]. Leistungen sind dann "ohne Rechtsgrund" gegeben und können nach den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden [6].

---

1) Vgl. oben S.32

2) So ZULEEG, S.62 f.

3) So FLESSA, DVBl 1957 S.82

4) Dies gegen ZULEEG, S.63; wie hier WOLFF, VwR 1 § 22 III f.

5) Ebenso ZULEEG, S.93

6) ZULEEG a.a.O.

d) Zusammenfassung

Die Zweistufentheorie wirft eine Reihe von Rechtsfragen auf, deren Lösung die größten Schwierigkeiten bereitet. Ursache der aufgezeigten Mängel ist letztlich die wesensmäßige Verschiedenheit von öffentlichem Recht und Privatrecht, die eine Verbindung nach Art der Zweistufentheorie in einem einzigen Rechtsverhältnis nicht duldet. Ihr Hauptziel, dem Subventionsbewerber durch Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges wirksamen Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen, gleichzeitig aber auch der öffentlichen Verwaltung ein Höchstmaß an Gestaltungsfreiheit zu bieten, verfehlt die Zweistufentheorie. Als Rechtskonstruktion der Subventionen kann sie deshalb nur dort Anerkennung finden, wo ein Gesetz ausdrücklich ein zweistufiges Handeln der Behörde vorschreibt. [1) 2)]

Keine besonderen Probleme dagegen bietet die einstufig-gemischte Rechtskonstruktion, bei der es weder zu einer unübersichtlichen Häufung von Rechtsverhältnissen noch zu einer Aufspaltung und damit Gefährdung des Rechtsschutzes kommt.

---

1) Als ein solches Gesetz ist n i c h t die Vorschrift des § 102 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes anzusehen, die nur deklaratorische Bedeutung hat, aber nicht bestimmen will, daß die im Rahmen dieses Gesetzes gewährten Subventionen nur in einem zweistufigen Verfahren zur Verfügung gestellt werden können; a.A. WERNER, S.107 f.

2) Kritisch auch: EYERMANN-FROHLER, § 40 Rd.-Nr.46; HAAS, DVBl 1960 S.307; MAUNZ, BayerVBl 1962 S.3 unter II 2; SCHAUMANN, JuS 1961 S.111 unter II.

§ 7 II. Kapitel. Die rein privatrechtliche Betrachtungsweise

1) Die Theorie FLESSAs

In Erkenntnis der Tatsache, daß die Zweistufentheorie die im Zusammenhang mit den Subventionen auftauchenden Rechtsprobleme nur unbefriedigend zu lösen vermag, schlägt FLESSA für die öffentliche Kreditgewährung und die Förderung durch Refinanzierung und Übernahme von Bürgschaften eine rein privatrechtliche Konstruktion vor [1].

Ausgangspunkt der Erörterungen FLESSAs ist der Satz, daß es dem Staat, d.h. dem Gesetzgeber freisteht, ob er sich zur Förderung öffentlicher Belange der Rechtsformen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts bedienen will [2]. Er folgert daraus, daß der Exekutive dann, wenn die Legislative sich nicht entschieden hat und die vom Staat zu ergreifende Maßnahme auch kein spezifisches Über- und Unterordnungsverhältnis voraussetzt, das Recht zusteht, zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht als Gestaltungsmittel zu wählen. Ein Zwang zum öffentlich-rechtlichen Handeln ergebe sich für die Verwaltung insbesondere auch nicht aus der Tatsache, daß das Parlament die erforderlichen Mittel bewilligt habe [3]. Auf dieser These beruht die Auffassung FLESSAs, daß die öffentliche Verwaltung im allgemeinen, sofern der Gesetzgeber keine andere Gestaltungsform bestimmt habe, auf der Basis des Privatrechts subventioniert oder doch zweckmäßigerweise subventionieren sollte.

---

1) Vgl. FLESSA in: NJW 1954 S.538; DVBl 1957 S.81 und 118; DÖV 1959 S.106; NJW 1959 S.403; DVBl 1960 S.137

2) So zutreffend auch die h.L.; vgl. KRUGER, DVBl 1955 S.384; FORSTHOFF, VwR S.448 ff.; HAMANN, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S.98; BGH, Urt. v. 26.3.1953, BGHZ Bd.9 S.145 = NJW 1953 S.778 = JZ 1953 S.551 m.Anm.v. WOLFF; BGH, Urt. v. 16.2.1956, BGHZ Bd.20 S.77 = NJW 1956 S.670 = DÖV 1956 S.367 m.abl.Anm. v. HUBER

3) FLESSA, DVBl 1957 S.120 unter IV

a) Staatsbürgschaften

Bei Bürgschaftssubventionen ist nach Ansicht FLESSAs dem Streit, ob das Rechtsverhältnis zwischen "Staat" [1] und Subventionsempfänger ein solches des öffentlichen oder des privaten Rechts oder sogar zweistufig aufgebaut ist, nicht selten deshalb die Grundlage entzogen, weil Rechtsbeziehungen zwischen dem Hoheitssubjekt als Bürgen und dem Kreditnehmer überhaupt nicht festzustellen sind. Auch im Privatrecht sei das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Kreditnehmer zwar denkbar, aber nicht unbedingt erforderlich [2]. Zum Teil sei es allerdings bei Staatsbürgschaften üblich, einen "Direktvertrag" zwischen Staat und Kreditnehmer abzuschließen, worin dieser sich zur Einhaltung einer Reihe von Vorschriften verpflichte, deren Überwachung der Staat von dem kreditausreichenden Institut nicht verlangen wolle. Diesen "Direktvertrag" will FLESSA offenbar dem Privatrecht zugerechnet wissen. Ein durch Verwaltungsakt begründetes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Bürge und Kreditnehmer soll dem "Direktvertrag" nicht vorgeschaltet sein [3].

Auch in der Bürgschaftserklärung selbst, die der Staat als Bürge dem Kreditgeber gegenüber abgibt, ist nach Auffassung FLESSAs im allgemeinen, sofern der Gesetzgeber sie nicht befohlen habe, ein Verwaltungsakt nicht zu erblicken, weil der Staat hier nur etwas tue, was jeder Privatmann auch zu tun berechtigt sei. Es

---

1) FLESSA übersieht fortlaufend, daß nicht nur der "Staat", sondern auch unterstaatliche selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts öffentliche Bürgschaften übernehmen, z.B. die "Kreditanstalt für Wiederaufbau" nach dem gleichnamigen Gesetz i.d.F. vom 18.10.1961 - BGBl. I S.1878.

2) FLESSA, NJW 1954 S.538 ff.

3) NJW 1954 S.539 unter III 1; der von FLESSA a.a.O. zitierte Beschluß des OVG Münster vom 27.3.1953, DVBl 1953 S.578 = DÖV 1953 S.703 = VerwRspr. Bd.5 Nr.186, geht demgegenüber davon aus, daß der Abgabe der Bürgschaftserklärung eine Entscheidung vorausgeht, die "von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird" und daher als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist.

handele sich dabei um die nicht dem eigentlichen Verwaltungsrecht zurechenbare Verwaltung des Finanzvermögens, weshalb etwa der Gleichheitsgrundsatz nicht anzuwenden sei [1].

FLESSA verkennt nicht, daß bei einer solchen Betrachtungsweise der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz des die Staatsbürgschaft erstrebenden Kreditnehmers geschmälert ist, hält dem jedoch entgegen, daß seine Auffassung allein zu wirtschaftlich sinnvollen Ergebnissen führe: Bei den Staatsbürgschaften handele es sich um Sicherheiten für Personalkredite, die auf dem Vertrauen in die Person des Kreditwerbers beruhten. Der Staat sei daher auf vertrauliche Auskünfte von Banken und Wirtschaftsverbänden angewiesen, die unter keinen Umständen, auch nicht auf dem Umweg über das Verwaltungsgericht, dem Kreditwerber bekannt gegeben werden dürften [2]. Im übrigen dürfe der Rechtsstaatsgedanke nicht überspannt werden. Der Klage eines Kreditwerbers gegen den Staat auf Übernahme einer Bürgschaft könne das private Kreditinstitut dadurch den Boden entziehen, daß es die Gewährung des Kredites verweigere. Der Rechtsschutz des Einzelnen sei bei seinen Interessenvertretungen in besseren Händen als bei den Verwaltungsgerichten [3].

Die privatrechtliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Kreditgeber wird bezüglich der Bürgschaften des Deutschen Reiches für Rohstoff- und Rüstungskredite auch von RÖMER [4] und KEGEL [5] geteilt. - Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kreditnehmer gehören nach FLESSA ebenfalls dem Privatrecht an; ein vorgeschaltetes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis besteht nur, "wenn der Staat aus besonderen öffentlichrechtlichen Gründen ver-

---

1) A.a.O. S.539 f. unter III 1 a

2) A.a.O. S.540 unter b

3) In Ergänzung dazu weist FLESSA, a.a.O. S.541 unter IV, darauf hin, daß beispielsweise bei der Besetzung des Verwaltungsrates und der Auswahl des Mitarbeiterstabes der zur Förderung der Geschädigten neu errichteten Institute, etwa der Lastenausgleichsbank, auf die Wahrung der Interessen der Geschädigten Rücksicht genommen worden ist.

4) BB 1950 S.99 unter B c

5) JZ 1951 S.394 unter 2

pflichtet ist, im Zuge seiner Wirtschafts- und Sozialpolitik gerade Bürgschaften zu übernehmen". Daran soll es fehlen, wenn der Gesetzgeber nur die Ermächtigung zur Bürgschaftsübernahme erteilt hat, ohne diese auch zwingend vorzuschreiben [1].

b) Öffentliche Kredite, Refinanzierungen und Realförderungen

Auch bei den öffentlichen Krediten, Refinanzierungen und Realförderungen setzt sich FLESSA für eine rein privatrechtliche Betrachtungsweise ein. Wo der Gesetzgeber sich positiv-rechtlich für ein zweistufiges Subventionsverfahren entschieden habe [2], sei zwar keine Möglichkeit für eine andersartige Beurteilung vorhanden; der Legislative sei aber die Anordnung eines Kontrahierungszwanges und der Exekutive für die gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Fälle das Vorgehen in rein privatrechtlichen Formen zu empfehlen [3]. Solange die Zweistufentheorie nicht in der Lage sei, die von ihr aufgeworfenen Rechtsprobleme einer wenigstens in den Grundzügen allseits befriedigenden Lösung zuzuführen, könne es der Verwaltung nicht verwehrt werden, im "wahlfreien Raum" die seit langem gründlich durchdachte rein privatrechtliche Gestaltung vorzuziehen [4].

FLESSAs rein privatrechtliche Theorie ist in engstem Zusammenhang mit seiner These zu sehen, daß dem zu Unrecht von einer Subventionierung ausgeschlossenen Bürger auch bei privatrechtlichem Handeln der Behörde nicht jeder Rechtsschutz versagt ist, weil ihm Amtshaftungsansprüche gemäß Art.34 GG in Verbindung mit § 839 BGB zustehen. FLESSA behauptet, daß eine Amtspflichtverletzung "in Ausübung eines öffentlichen Amtes" auch begangen werden könne, wenn eine öffentliche Aufgabe nicht öffentlich-rechtlich, sondern durch Abschluß privatrechtlicher Verträge gelöst

---

1) A.a.O. S.540

2) Ein typisches Beispiel dafür ist nach Ansicht FLESSAs, NJW 1959 S.403 unter 1, die Vorschrift des § 102 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes.

3) DÖV 1959 S.107 unter III; DVBl 1957 S.120 f. unter V

4) DÖV 1959 S.107 unter III; DVBl 1957 S.121

werde [1], setzt sich damit freilich in Widerspruch zur herrschenden Meinung, die Amtshaftungsansprüche nur bei ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e m Handeln zuläßt [2]. Eine abweichende Auffassung vertritt insbesondere auch nicht der BGH, der in seinem Urteil vom 19.6.1952, auf das sich FLESSA glaubt berufen zu können, wörtlich feststellt: "Wie das Reichsgericht in der Entscheidung RGZ 162/364 zutreffend ausgeführt hat, übt eine öffentlich-rechtliche Körperschaft auch dann, wenn sie sich zum Zwecke der Erfüllung staatshoheitlicher Aufgaben auf den Boden des bürgerlichen Rechtsverkehrs begibt, n i c h t hoheitliche Gewalt aus." [3] Auch FORSTHOFF und IPSEN, die FLESSA zur Stützung seiner These zitiert, vertreten keineswegs die Ansicht, daß Amtshaftungsansprüche auch bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit den Mitteln des Privatrechts gegeben sind [4]. Beide Autoren behaupten lediglich, daß die öffentliche Verwaltung bei Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nicht auf das öffentliche Recht angewiesen ist, sondern sich auch der Formen des Privatrechts bedienen kann. Auch an anderer Stelle bringt FORSTHOFF klar zum Ausdruck, daß unter "Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes" im Sinne von Art.34 GG sachlich dasselbe zu verstehen ist wie unter "Ausübung öffentlicher Gewalt" im Sinne von Art.131 WV, daß also sowohl "Ausübung öffentlicher Gewalt" wie auch "Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes" alle staatlichen Funktionen mit Ausnahme der, wie FORSTHOFF es ausdrückt, "fiskalischen Betätigung" umfaßt [5]. - Wie FLESSA trotz dieser eindeutigen Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung eine Übereinstimmung mit seiner vereinzelt gebliebenen Auslegung des

---

1) NJW 1959 S.403 unter 1; DOV 1959 S.107; NJW 1958 S.1276 unter 2 a

2) So die ganz überwiegende Meinung; vgl. statt aller: WOLFF, VwR I § 65 I a, § 23 II b 4; KAYSER-LEISS, S.26 ff. m.weit.Nac

3) BGHZ Bd.6 S.314 (die Sperrung im Zitat stammt vom Verf.)

4) FORSTHOFF, VwR S.88; IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.19

5) A.a.O. S.282 f.; ebenso: v.MANGOLDT-KLEIN, Art.34 Anm.III 2; MAUNZ, S.269 f.; PALANDT-GRAMM, § 839 Anm.2 A c; SIEBERT in Festschrift f. NIEDERMEYER S.243 u.a.; a.A. HAMANN, GG Art.34 Anm. B 3

Art.34 GG festzustellen vermag, ist nicht ersichtlich.

2) Kritische Stellungnahme

Die rein privatrechtliche Konstruktion FLESSAs leidet an begrifflicher Unschärfe, geht von falschen Voraussetzungen aus und wird den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht [1].

Die Kritik muß zunächst bei der Behauptung ansetzen, daß zwischen der Bürgschaft einer Privatperson und der eines Hoheitssubjektes kein wesentlicher Unterschied besteht, weshalb die Übernahme einer Bürgschaft seitens des Staates der Verwaltung des Finanzvermögens und damit der fiskalischen Betätigung zuzurechnen ist. Hier wird nicht klar genug zwischen fiskalischer Tätigkeit der Subjekte öffentlicher Verwaltung [2] und öffentlicher Verwaltung in den Formen des Privatrechts [3] unterschieden. Diese Differenzierung ist notwendig, weil die Subjekte öffentlicher Verwaltung im Bereich des "Verwaltungsprivatrechts" "nicht im Vollgenuß der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie sind, sondern etlichen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen" [4]. Es besteht eine Bindung an die Grundrechte, insbesondere an die Freiheitsrechte und den Gleichheitsgrundsatz [5]. FLESSA mag das bedauern und für wirtschaftlich widersinnig halten, an der Tatsache, daß das Grundgesetz die "vollziehende Gewalt" und damit auch die öffentliche Verwaltung in den Formen des Privatrechts den Grundrechten unterwirft, kann nicht vorübergegangen werden [6].

---

1) Vgl. IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.85 Fußnote 127

2) Darunter fallen die erwerbswirtschaftliche Betätigung und die "Hilfsgeschäfte" der öffentlichen Verwaltung.

3) WOLFF, VwR I § 23 I b: "Verwaltungsprivatrecht"

4) Vgl. WOLFF, VwR I § 23 I b

5) WOLFF a.a.O. unter Hinweis auf Art.1 Abs.3 GG

6) MAUNZ-DÜRIG, Art.1 Rd.-Nr.134 ff.; vgl. auch die dortige Übersicht über Schrifttum und Rechtsprechung; a.A. vor allem v.MANGOLDT-KLEIN Art.1 Anm. V 3 b, allerdings zu Art.1 Abs.3 GG in der alten Fassung ("Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."); KLEIN verkennt m.E., daß die "Rechte" des Art.19 Abs.4 GG (nämlich die Grundrechte) eben auch von der des Privatrechts sich bedienenden öffentlichen Gewalt verletzt werden können.

Die Behauptung FLESSAs, auch bei den Staatsbürgschaften sei wie im Privatrecht zwischen Bürge und Hauptschuldner ein zusätzliches Rechtsverhältnis zwischen Staat und Kreditnehmer nicht unbedingt notwendig, übersieht, daß im Privatrecht ein Rechtsverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner die Regel ist [1]. Auch bei einer Subventionsbürgschaft wird sich der Kreditnehmer im allgemeinen unter Darlegung seiner Verhältnisse um die Übernahme einer Bürgschaft bei der Behörde bemühen müssen, bevor diese die Verbürgung zusagt [2].

Nicht weniger abwegig ist es, wenn FLESSA untersucht, ob in der an den Kreditgeber gerichteten privatrechtlichen Bürgschaftserklärung [3] ein Verwaltungsakt steckt, der ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem bürgenden Hoheitssubjekt und dem Kreditnehmer begründet. Ein und dieselbe Rechtshandlung kann, wie bereits an anderer Stelle dargelegt worden ist [4], nicht gleichzeitig öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Natur sein. Im übrigen ist zu beachten, daß ein Verwaltungsakt dem Adressaten bekanntzumachen ist, andernfalls es sich um einen "Nichtakt" [5] handelt.

Unbegründet und daher abzulehnen ist auch die Behauptung, ein zu dem "Fiskalakt" [6] hinzutretender Verwaltungsakt ergehe nur, wenn der Staat aus besonderen öffentlich-rechtlichen Gründen zur Bürgschaftsübernahme v e r p f l i c h t e t sei, woran es fehle, wenn der Gesetzgeber nur die Ermächtigung dazu gegeben habe, ohne

---

1) Im allgemeinen ein Auftragsverhältnis, §§ 662 ff. BGB; denkbar aber auch Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB, Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. BGB, oder ein anderes Rechtsverhältnis.

2) Entsprechendes gilt für die Refinanzierung.

3) Genauer: in der privatrechtlichen Willenserklärung, die ein Angebot zum Abschluß eines Bürgschaftsvertrages bzw. die Annahme eines solchen Angebotes enthält.

4) S.o. S.37 f.

5) Vgl. WOLFF, VwR I § 51 II d

6) Ausdruck bei FLESSA, NJW 1954 S.540 unter III 1 a; gemeint ist der Abschluß des privatrechtlichen Bürgschaftsvertrages zwischen Hoheitssubjekt und Gläubiger.

sie auch zu befehlen. Hoheitssubjekte können Verwaltungsakte auch erlassen, wenn sie normativ zum Handeln nur ermächtigt, nicht aber auch verpflichtet sind. Voraussetzung ist allerdings eine öffentlich-rechtliche Ermächtigung. Liegt sie vor, dann kann es für die Befugnis der Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes jedenfalls nicht darauf ankommen, ob der Gesetzgeber nur die Ermächtigung zur Bürgschaftsübernahme erteilt hat oder ob eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung dazu besteht.

Auf erhebliche Bedenken muß schließlich die These FLESSAs stoßen, die Amtshaftungsansprüche gemäß Art.34 GG und § 839 BGB auch bei privatrechtlicher Erfüllung öffentlicher Aufgaben zulassen will. Angesichts der entgegenstehenden herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung hätte sie wohl einer eingehenden Begründung bedurft. Sie scheitert jedoch schon an ihrer praktischen Undurchführbarkeit: Sofern nicht sämtliche Betätigungen von Amtswaltern [1] als "Ausübung eines öffentlichen Amtes" im Sinne von Art.34 GG gelten sollen [2], müßten solche Handlungen ausgegrenzt werden, die nur sekundär und mittelbar der Erledigung öffentlicher Aufgaben dienen, primär und unmittelbar jedoch der Erhaltung, Stärkung und Ergänzung des Finanzvermögens und der sachlichen Hilfsmittel der Verwaltung. Diese Abgrenzung ist nicht streng und in jedem Falle durchführbar, weil manche Verwaltungshandlungen beiden Zwecken gleichrangig dienen. Es ist daher an der herrschenden Meinung festzuhalten, die nur dann "Ausübung eines öffentlichen Amtes" annimmt, wenn öffentliche Aufgaben unter Verwendung ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e r Gestaltungsformen erfüllt werden.

Nach alledem erweist sich, daß die rein privatrechtliche Betrachtungsweise ebenso wie die Zweistufentheorie in wichtigen Punkten einer kritischen Prüfung nicht standhält. Das schließt freilich nicht aus, daß die öffentliche Verwaltung im Einzelfalle auch einmal auf der Ebene des Privatrechts die Übernahme einer öffentlichen Bürgschaft oder eine Refinanzierung subventionshalber zusagt [3].

---

1) Zum Begriff vgl. WOLFF, VwR II § 73 III.

2) Da jede Tätigkeit von Verwaltungssubjekten letztlich der Allgemeinheit zugute kommt (vgl. IPSEN, Offtl.Subv.Priv. S.20), wäre eine solche Auffassung nicht einmal abwegig.

3) Näheres dazu unten S. 99 ff.

§ 8 III. Kapitel. Die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise

Neben der Zweistufentheorie und der rein privatrechtlichen Theorie steht als weiterer Versuch zur Bewältigung der durch die Subventionen aufgeworfenen Rechtsprobleme die rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise ZULEEGs [1].

ZULEEG geht zutreffend davon aus, daß für eine allen Spielarten der öffentlichen Subventionierung gerecht werdende Betrachtungsweise die befriedigende Beantwortung der Frage nach der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht von grundlegender Bedeutung ist [2]. Nach summarischer Erörterung der wichtigsten Lehrmeinungen hierzu setzt sich ZULEEG für eine Subjektionstheorie im weiteren Sinne ein.

1) Die Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht

a) ZULEEGs modifizierte Subjektionstheorie

Zum Ausgangspunkt seiner Unterscheidung des öffentlichen vom privaten Recht wählt ZULEEG die Subjektionstheorie im engeren Sinne, nach der bei Über- und Unterordnung der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte öffentliches Recht vorliegen soll, bei Gleichordnung hingegen Privatrecht [3]. Er räumt zwar ein, daß die Subjektionstheorie nicht in allen Fällen eine zweifelsfreie Zuordnung ermöglicht, glaubt aber weiterhin an ihr festhalten zu müssen, weil sie die zuverlässigste Handhabe zur Einordnung biete und auch der bisher üblichen Einteilung am besten gerecht werde [4].

---

1) "Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes?", Diss. jur. Erlangen 1959

2) A.a.O. S.33

3) FORSTHOFF, VwR S.99 ff.; BACHOF, AÖR Bd.83 S.228 und VVDStRL Heft 12 S.65; WANNAGAT, NJW 1961 S.1193; HELFRITZ, VwR S.23; GIACOMETTI, S.96 ff.; FLEINER, Institutionen S.47 ff.; BGH in stdg.Rspr., vgl. etwa Urteil vom 5.7.1957, DÖV 1958 S.861

4) ZULEEG, S.46

Um dem Einwand zu begegnen, daß es auch im öffentlichen Recht Gleichordnungs- und im Privatrecht Unterordnungsverhältnisse gibt [1], modifiziert ZULEEG die Subjektionstheorie wie folgt: Rechtsverhältnisse, Pflichten, Rechte und Ansprüche des Völkerrechts und des Staatsrechts ließen sich vorweg und ohne Rücksicht auf irgendwelche Abgrenzungstheorien dem öffentlichen Recht zuordnen, weil hier für das gesamte Sachgebiet aus dem Wesen der Materie heraus Privatrecht ausscheide [2]. Ein V e r t r a g gehöre dann dem öffentlichen Recht an, wenn die behandelte Materie so eng mit dem Sachgebiet, das der Hoheitsträger vermittels Ausübung von Hoheitsgewalt regele, verknüpft sei, daß der Zusammenhang eine einheitliche Betrachtung erfordere. Diese enge Verknüpfung sei gegeben, wenn ein Vertrag auf die Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts gerichtet sei [3]. Im übrigen seien Verträge dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie die "Ausübung von Hoheitsrechten oder die Regelung der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten" beträfen [4].

Durch Verbindung der Subjektionstheorie mit der Subjektstheorie glaubt ZULEEG das weitere Bedenken zerstreuen zu können, daß auch das Privatrecht Subordinationsverhältnisse kennt [5]. Ein Rechtsverhältnis soll daher nur dann dem öffentlichen Recht angehören,

---

1) Vgl. etwa: WOLFF, VwR I § 22 II a 7, mit dem Hinweis auf einerseits öffentlich-rechtliche Verträge und andererseits das privatrechtliche Kindschaftsverhältnis.

2) ZULEEG, S.47, unter Bezugnahme auf NAWIASKY, S.275 f.; es handelt sich bei dieser Argumentation, wie leicht einzusehen ist, um eine petitio principii.

3) ZULEEG, S.47 f.; der Gedanke findet sich bereits bei W. JELLINEK, VwR S.53.

4) ZULEEG, S.49, mit Bezugnahme auf SALZWEDEL, S.83 ff., wobei dieser als hoheitlich solche Rechtsverhältnisse bezeichnet, bei denen der eine Beteiligte dem anderen in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung gegenübertritt; vgl. a.a.O. S.91.

5) S.51 f.; zur Subjektstheorie vgl. etwa ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 34 I 2 und II 2.

wenn ein "Hoheitsträger" [1] oder ein beliehener Unternehmer in übergeordneter Stellung auftritt. "In besonders gelagerten Fällen" soll schließlich auch die Interessentheorie [2] wertvolle Fingerzeige geben können [3].

Ob ein Hoheitssubjekt im Einzelfalle in übergeordneter oder untergeordneter Stellung auftritt, ergibt sich nach ZULEEG [4] aus der Begründung der Rechtsbeziehungen und dem Maße der Mitwirkung des Bürgers bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses sowie aus der Art der Durchsetzung der daraus erwachsenden Ansprüche. Komme ein Rechtsverhältnis auf Grund einseitigen Aktes eines Hoheitsträgers zustande, so spreche dies für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht. In den Fällen dagegen, in denen die Verwaltungs-Rechtshandlung der Mitwirkung des Bürgers bedürfe, liege eine einseitige Anordnung und damit öffentliches Recht vor, wenn der Hoheitsträger dem Bürger zwar unter dessen Mitwirkung, aber unter "Einschränkung seiner (sc. des Bürgers) Entschluß- und Gestaltungsfreiheit bezüglich des beabsichtigten Rechtsverhältnisses" gegenübertrete. Zwar gebe es auch im Zivilrecht beispielsweise durch Kontrahierungszwang oder Allgemeine Geschäftsbedingungen Einschränkungen der Entschluß- und Gestaltungsfreiheit. Wenn aber ein Hoheitsträger an dem Rechtsverhältnis beteiligt sei, dann spreche eine Vermutung für die Zuordnung zum öffentlichen Recht. Bei Rechtsverhältnissen, die unmittelbar kraft Gesetzes oder auf

---

1) ZULEEG identifiziert offenbar die Begriffe "Hoheitsträger" und "Juristische Person des öffentlichen Rechts", wie aus Fußnote 6 S.51 entnommen werden muß. Die Eigenschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts beruht, wie ZULEEG, a.a.O. S.44, im Anschluß an MOLITOR, Über öffentliches Recht und Privatrecht S.39 f., behauptet, auf einer ausdrücklichen Verleihung, die das Gesetz oder ein sonstiger Staatsakt von Fall zu Fall ausspricht, wenn diese Eigenschaft nicht herkömmlich gegeben ist wie bei Gebietskörperschaften und Kirchen.

2) ULPIAN: "publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem"; vgl. v.TUREGG-KRAUS, S.37; NEBINGER, S.35; NAWIASKY, S.293 ff.

3) S.52; ähnlich KULL, S.29

4) Hierzu und zum folgenden ZULEEG S.52 ff.

Grund rein tatsächlichen Verhaltens von Menschen entstünden, sei allerdings eine übergeordnete Stellung des Hoheitsträgers nicht zu erkennen; hier müsse es deshalb für die Zuordnung auf die "übrigen Merkmale" des Rechtsverhältnisses ankommen, insbesondere darauf, ob Verwaltungszwang anwendbar sei [1]. Zwar sei dies "grundsätzlich" erst eine F o l g e der Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht; die Vollzugsart [2] müsse aber maßgebend sein, wenn die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses an Hand sonstiger Merkmale nicht zu bestimmen sei [3].

Bei Schadensersatz-, Erstattungs- und Entschädigungsansprüchen soll sich die Beantwortung der Zuordnungsfrage danach richten, ob ein privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Handeln des Hoheitsträgers den Grund für die Geltendmachung des Anspruchs abgegeben hat [4].

b) Kritische Wertung

Auf eine Auseinandersetzung mit der herkömmlichen Subjektionstheorie im strengen Sinne kann hier verzichtet werden [5].

Dagegen erfordert die modifizierte Subjektionstheorie eine genaue Analyse.

ZULEEGs Korrektur der Subjektionstheorie im strengen Sinne besteht im wesentlichen darin, daß Elemente anderer Unterscheidungstheorien übernommen werden und im übrigen, um das Hauptmerkmal der Subordination nicht fallen lassen zu müssen, bei den öffentlich-rechtlichen Verträgen, den Akten der schlichten Hoheitsverwaltung und den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen auf andere, hiermit irgendwie zusammenhängende Sachverhalte verwiesen wird, in denen ein Über- und Unterordnungsverhältnis zum Ausdruck kommen soll.

---

1) S.56

2) Verwaltungszwang oder gerichtliche Zwangsvollstreckung

3) ZULEEG a.a.O. unter Bezugnahme auf SALZWEDEL, S.93

4) S.58 f.

5) Vgl. dazu: WOLFF, VwR I § 22 II a und AÖR Bd.76 S.205 ff.; GYSIN, S.487 ff., jeweils m.weit.Nachw.

Gegen die Kombination verschiedener Unterscheidungstheorien [1] ist einzuwenden, daß auch drei zusammengefaßte Theorien nicht mehr zu leisten vermögen als jede einzelne für sich; die Kette ist nur so stark wie ihr schwächstes Glied. Eine Verbindung mehrerer Theorien wäre daher nur dann sinnvoll, wenn sie in jedem Fall a l s K o m b i n a t i o n Prüfstein für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen oder zum privaten Recht sein könnte. Wegen eines etwa divergierenden Ergebnisses darf nicht in dem einen oder anderen Falle eine der Teiltheorien beiseitegelassen werden. Eine Unterscheidungstheorie muß alle unterscheidungsbedürftigen Sachverhalte sicher, zuverlässig und ohne willkürliche Manipulationen voneinander abgrenzen können, andernfalls sie nutzlos ist. Auch bei einer Verbindung verschiedener Unterscheidungstheorien kommt es daher auf die Brauchbarkeit jeder einzelnen Teiltheorie an. Nun räumt ZULEEG selbst ein, daß sowohl die Subjektionstheorie im strengen Sinne als auch die Interessen- und die reine Subjektstheorie für sich betrachtet unbrauchbar sind [2]. Daraus folgt, daß auch die Zusammenfassung der drei Theorien die Frage nach der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht nicht befriedigend zu lösen vermag.

Mit der an sich zutreffenden Feststellung, daß Verträge dem öffentlichen Recht angehören, wenn sie auf Veränderung oder Aufhebung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses gerichtet sind, ist nicht viel gewonnen, weil sofort die weitere Frage auftaucht, wann denn diese Rechtsverhältnisse, die durch den Vertrag aufgehoben oder verändert werden sollen, dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Ungeachtet der fundamentalen, auch von ihnen selbst zugegebenen Bedenken gegenüber der Subjektionstheorie im strengen Sinne wollen ZULEEG und SALZWEDEL diese Frage dadurch beantworten, daß sie das Ausgangsrechtsverhältnis daraufhin prüfen, ob ein Über- und Unterordnungsverhältnis vorliegt. Damit wird klar,

---

1) Dafür haben sich u.a. ausgesprochen: BOEHMER, Erstes Buch S.167; NEBINGER, S.35; SIEBERT, Festschrift f. NIEDERMEYER S.217 und DÖV 1959 S.734; KULL, S.29; HAUEISEN, DVBl 1961 S.833.

2) S.33 ff.

daß die modifizierte Subjektionstheorie eine Scheinkonzeption ist, die keine wirklich neue Lösung des Zuordnungsproblems anbietet, sondern letztlich wieder auf die überholte Subjektionstheorie im strengen Sinne zurückgreift.

Die These, auf die B e g r ü n d u n g eines Rechtsverhältnisses gerichtete Verträge seien öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie die "Ausübung von Hoheitsrechten" oder die "Regelung der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten" beträfen, ist ein Zirkelschluß. Denn ob eine vertragliche Regelung die Ausübung von Hoheitsrechten oder die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten betrifft, ist gerade die im Einzelfall zu entscheidende Frage.

Nach alledem muß der Versuch, die in ihrer strengen Form heute nur noch vereinzelt vertretene Subjektionstheorie einerseits durch Ergänzungen, andererseits durch Beschneidungen am Leben zu erhalten, als fehlgeschlagen bezeichnet werden.

2) Die rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise bei Subventionen und "Übernahmeverträgen"

Gestützt auf die hier abgelehnte modifizierte Subjektionstheorie gelangt ZULEEG im Hauptteil seiner Untersuchung zu einer rein öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise bei Subventionen und "Übernahmeverträgen" [1]. Da bei beiden Rechtsinstituten ein Hoheitsträger im öffentlichen Interesse tätig werde, spreche die Vermutung für öffentliches Recht [2]. Diese Vermutung werde dadurch bestätigt, daß trotz einer gewissen Mitwirkungsmöglichkeit des Bürgers beim Eingehen des Subventionsrechtsverhältnisses eine als Kennzeichen hoheitlichen Handelns zu wertende einseitige Anordnung sowohl bei

---

1) A.a.O. S.76 ff.; zu beachten ist, daß ZULEEG den Subventionscharakter der Realförderung bestreitet (s.o. S.14) und die Einfuhrlenkung der Einfuhr- und Vorratsstellen gesondert behandelt.

2) Hier werden die Interessentheorie und die Subjektstheorie als Bestandteile der modifizierten Subjektionstheorie ZULEEGs sichtbar.

den "Übernahmeverträgen" als auch bei den Subventionen vorliege. Bei den Subventionen sei zwar die Abschlußfreiheit der begünstigten Zivilpersonen rechtlich nicht eingeschränkt, wohl aber die Gestaltungsfreiheit. Soweit die einseitige Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch die bewilligende Behörde nicht gesetzlich vorgeschrieben sei, erfolge die Festlegung der Modalitäten des Rechtsverhältnisses nicht von Fall zu Fall, sondern auf Grund allgemeiner Richtlinien und Verwaltungsanordnungen für alle gleichliegenden Fälle einheitlich. Die Zugehörigkeit der "Übernahmeverträge" und der Subventionen zum öffentlichen Recht ergebe sich auch daraus, daß der Importeur bzw. der Subventionsempfänger bestimmten Auskunfts- und Kontrollbefugnissen des Hoheitsträgers unterworfen sei und daß die Einfuhr- und Vorratsstellen für ihre Tätigkeit Gebühren erheben und nach den Vorschriften der Reichsabgabenordnung beitreiben könnten.

Den Vorteil einer rein öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise glaubt ZULEEG darin zu erkennen, daß die von NAUMANN apostrophierte "Flucht aus der Hoheitsgewalt" [1] verhindert werde; bei einer öffentlich-rechtlichen Konstruktion bleibe der wirtschaftslenkende Hoheitsträger der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen.

Was die Vorratshaltung der EVSt angeht, so vollzieht sich die Aufnahme von Inlandsgetreide in die Bundesreserve nach Auffassung ZULEEGs ausschließlich auf der Ebene des Privatrechts [2], weil die EVSt den Verkäufern auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstehe. Die Vorratshaltung durch Aufnahme von Importgetreide hingegen spielt sich nach ZULEEG in einem einzigen hoheitlichen Akt der Übernahme des vom Einführer "zum Kauf" angebotenen Einfuhrgutes ab [3].

---

1) VVDStRL Heft 11 S.131

2) S.86; a.A. PLEWNIA, NJW 1959 S.1406, s.o. S.34

3) S.86; a.A. MODEST, § 8 Anm.33, der hier ein recht kompliziertes Verfahren annimmt.

a) Ablehnung eines öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses auf Grund verwaltungsrechtlichen Vertrages

Der im Schrifttum bisher nur vereinzelt und ohne nähere Begründung vertretenen Meinung, Subventionen würden zum Teil auf der Grundlage verwaltungsrechtlicher Verträge gewährt [1], tritt ZULEEG mit der Bemerkung entgegen, jene kämen "in aller Regel" durch einseitige Anordnung des Hoheitsträgers zustande; bislang sei jedenfalls nicht ersichtlich, daß die öffentliche Hand dem Bürger einmal beim Eingehen eines Subventionsverhältnisses volle Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des beabsichtigten Rechtsverhältnisses eingeräumt hätte [2].

Zur Widerlegung dieser Behauptung braucht nur auf die Urteile des BVerwG vom 19.12.1958 [3] und des OVG des Saarlandes vom 6.5.1959 [4] verwiesen zu werden, in denen als Anspruchsgrundlage der Subvention - in beiden Fällen handelte es sich um einen verlorenen Zuschuß - ein verwaltungsrechtlicher Vertrag angenommen und auch für zulässig erachtet wird. Um einen solchen handelte es sich ohne Zweifel auch in dem der Entscheidung des BVerwG vom 12.1.1955 zugrundeliegenden Subventionsfall, obwohl das BVerwG darin, nach diesseitiger Auffassung zu Unrecht, einen unter einer Auflage ergangenen Verwaltungsakt erblickte [5].

---

1) Vgl. IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag S.162, für die sogenannten "aufgabenübertragenden Subventionsbeschlüsse"; IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.70 f., der das auf die Zahlung eines verlorenen Zuschusses gerichtete Subventionsverhältnis als ein Vertragsverhältnis öffentlichen Rechts qualifiziert, wenn es unter der mitbestimmenden inhaltlichen Ausgestaltung des Subventionsempfängers zustande komme.

2) S.87

3) NJW 1959 S.1098 = DVBl 1959 S.573 = DÖV 1959 S.706 = MDR 1959 S.602 = BB 1959 S.390

4) DÖV 1959 S.708

5) BVerwGE Bd.1 S.308 = NJW 1955 S.437 = DVBl 1955 S.258; die Subventionsempfängerin erhielt vom Land ein Wiederaufbaudarlehen in Höhe von 5.000 DM, nachdem sie sich zuvor bereit erklärt hatte, die obere Wohnung des wiederaufgebauten Hauses an einen Bergmann zu vermieten, der gleichzeitig "Umsiedler" ist.

Kriterium eines verwaltungsrechtlichen Vertrages ist n i c h t , wie ZULEEG es verlangt, die "volle Gestaltungsfreiheit" der Zivilperson hinsichtlich des beabsichtigten Rechtsverhältnisses. Der Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsverhältnis; er entsteht durch die synallagmatischen Willenserklärungen der Vertragschliessenden. Keinem von ihnen ist "volle" Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des künftigen Rechtsverhältnisses gegeben. Über diese "volle" Gestaltungsfreiheit verfügt nur ein Hoheitssubjekt, wenn es zu einseitig-anordnender, potentiell verbindlicher Regelung eines Lebenssachverhalts durch Erlaß eines Verwaltungsaktes tätig wird. Bei verwaltungs- wie privatrechtlichen Verträgen hingegen entsteht das Rechtsverhältnis durch die verantwortliche "Mit"-Wirkung und "Mit"-Gestaltung beider Partner [1].

Eine Subvention, die "entgegen bisheriger Übung im Einzelfall einmal doch ... auf Grund freier Vereinbarung zwischen Subventionierendem und Subventionsempfänger" zustande komme, soll nur dann als öffentlich-rechtliches Leistungsverhältnis auf Grund verwaltungsrechtlichen Vertrages angesprochen werden können, wenn die Übereinkunft "hoheitsbezogenen Inhalt" habe [2]. Damit bezieht ZULEEG sich auf die hier abgelehnte modifizierte Subjektionstheorie, die nicht in der Lage ist, den verwaltungsrechtlichen Charakter eines Vertrages zu bestimmen, weil weder der verwaltungsrechtliche Vertrag als solcher noch auch das Subventionsrecht als ganzes durch das Subordinationsprinzip gekennzeichnet ist.

b) Begründung eines öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses auf Grund Verwaltungsaktes

Unter Ablehnung der Zweistufentheorie und der rein privatrechtlichen Betrachtungsweise gelangt ZULEEG zu einer Konstruktion, die die Einfuhrlenkung durch die Einfuhr- und Vorratsstellen sowie die Subventionen als öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnisse auf

---

1) Näheres s.S.71 ff.

2) ZULEEG, S.88, unter Bezugnahme auf SALZWEDEL, a.a.O. S.102

Grund V e r w a l t u n g s a k t e s beurteilt [1]. Mit der befriedigenden Feststellung, sich damit auf dem vertrauten Boden des Verwaltungsrechts zu befinden, drückt ZULEEG die Überzeugung aus, daß eine solche Betrachtungsweise eine Reihe von rechtsdogmatischen und praktischen Vorteilen bietet, zugleich aber auch als einzige Theorie wirklichen Rechtsschutz garantiert. Da auf den das öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnis begründenden Verwaltungsakt die allgemeinen Regeln und gesicherten Erkenntnisse des Verwaltungsrechts Anwendung fänden, bedeute dies beispielsweise, daß die Übernahme des der EVSt vom Importeur "zum Kauf angebotenen" Getreides in deren pflichtgemäßem Ermessen stehe, der Importeur daher lediglich ein Recht auf fehlerfreie Handhabung des Ermessens habe. Dasselbe gelte für die Subventionen, wenn ihre Gewährung in das Ermessen der subventionierenden Behörde gestellt sei. Sei die Subventionierung jedoch einmal zugesagt, dann habe der Bürger einen Rechtsanspruch auf Gewährung [2]. Ein Recht auf Erlaß des die Subvention bewilligenden Verwaltungsaktes sei dem Bürger eingeräumt, wenn die gesetzlichen Vorschriften die Pflicht zur Subventionierung festlegten oder die Voraussetzungen der Gewährung genau umrissen [3]. ZULEEG übersieht hier, daß ein gesetzlich genau umschriebener Tatbestand mit unbestimmten Rechtsfolgen verbunden sein kann, sei es, daß der Behörde die Setzung der Rechtsfolge überlassen ist, sei es, daß sie zwischen mehreren gesetzlich zugelassenen Rechtsfolgen wählen kann [4].

---

1) S.87 ff.

2) Der Ausdruck "Gewährung" ist irreführend, denn gemeint ist lediglich der Vorgang der rein tatsächlichen Subventionshingabe, also der Auszahlung des verlorenen Zuschusses bzw. des Darlehens.

3) S.90

4) Nur insoweit ist es berechtigt, von Ermessensspielraum der Behörde zu sprechen; vgl. WOLFF, VwR I § 31 II. Wenn ZULEEG a.a.O. S.90 schreibt, das Ermessen könne durch unbestimmte Rechtsbegriffe eingeengt sein, so verkennt er den grundsätzlichen Unterschied zwischen "Ermessen" und "unbestimmtem Rechtsbegriff"; s. dazu WOLFF, a.a.O. § 31 I c.

ZULEEGs rein öffentlich-rechtliche Lösung hat den Vorzug, praktikable und klare Ergebnisse zu zeitigen. Die Mängel eines zweistufigen Verfahrens werden vermieden, denn bei Nichtigkeit, erfolgreicher Anfechtung, Beseitigung oder Zurücknahme des das Subventionsverhältnis begründenden Verwaltungsaktes erlischt das Rechtsverhältnis zwischen Hoheitssubjekt und Zivilperson ipso iure [1]. Dem Subventionsbewerber bietet sie insofern einen besseren Rechtsschutz als die Zweistufentheorie und die rein privatrechtliche Betrachtungsweise, als das gesamte Rechtsverhältnis einschließlich aller Modalitäten der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Die Schwäche der einstufig öffentlich-rechtlichen Lösung liegt darin, daß sie auf einer für die Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht entwickelten Theorie basiert, die in mehrfacher Hinsicht rechtlich angreifbar ist, ein Mangel allerdings, dem durch eine andere, befriedigendere Unterscheidungstheorie abgeholfen werden könnte.

Schwerer wiegt der Vorwurf, der auch die Zweistufentheorie und die rein privatrechtliche Betrachtungsweise trifft: Jede der drei vorgeschlagenen Rechtskonstruktionen versucht die Subventionen mehr oder weniger in ein einheitliches System zu pressen, verschließt sich jedoch der Erkenntnis, daß das Subventionsrecht vielgestaltiger ist. Als Konstruktionsmöglichkeit und vielfach auch Verwendung findendes Gestaltungsmittel des Subventionsrechts wird insbesondere das Rechtsinstitut des verwaltungsrechtlichen Vertrages geleugnet oder doch vernachlässigt.

---

1) ZULEEG, S.92 ff.

DRITTER ABSCHNITT

Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Gestaltungsmittel im Subventionsrecht

§ 9 I. Kapitel. Zur Theorie des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Als Mittel zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ist der verwaltungsrechtliche Vertrag der öffentlichen Verwaltung schon seit langem geläufig. Obschon auch der obrigkeitlichen Verwaltung nicht fremd, hat er besondere Bedeutung vor allem mit dem Aufkommen jener Verwaltungstätigkeit erlangt, die mit dem Begriff Daseinsvorsorge [1] umschrieben wird. Die Wissenschaft ist dieser Entwicklung nur zögernd gefolgt und hegt zuweilen auch heute noch ein tiefes Mißtrauen gegen das Rechtsinstitut des verwaltungsrechtlichen Vertrages. Gleichwohl ist er als Gestaltungsmittel der Leistungsverwaltung [2] nicht mehr wegzudenken, weil er zur Regelung der in diesen Bereich fallenden Sachverhalte hervorragend geeignet ist und entsprechend von der öffentlichen Verwaltung geschätzt wird. Die Gerichte scheinen dies deutlicher erkannt zu haben als die Rechtslehre [3].

1) Klärung der Begriffe

Die Begriffe "öffentlich-rechtlicher Vertrag" und "verwaltungsrechtlicher Vertrag" werden verschiedentlich miteinander identifiziert. Das ist ungenau, weil zu den "öffentlich-rechtlichen Verträgen" auch solche zwischen souveränen Staaten, zwischen den Gliedstaaten eines Gesamtstaates, zwischen einem oder mehreren Gliedstaaten einerseits und dem Gesamtstaat andererseits, zwischen

---

1) S.o. S.2

2) Ob der Begriff "Leistungsverwaltung" einen engeren Sachverhalt bezeichnet als der der "Daseinsvorsorge", kann hier dahingestellt bleiben.

3) Vgl. das Urt. des OVG Lüneburg v. 12.1.1956, NJW 1957 S.76, und die bereits mehrfach zitierten Urteile des OVG des Saarlandes vom 6.5.1959 und des BVerwG v. 19.12.1958, Fundstellen s. S.65, Fußnote 3 und 4.

einem Staat und einer Religionsgemeinschaft und zwischen Religionsgemeinschaften untereinander zählen, die allesamt n i c h t "verwaltungsrechtliche Verträge" sind. Diese sind vielmehr nur solche Verträge, die von Subjekten öffentlicher Verwaltung geschlossen werden und sich ihrem Inhalt nach auf die öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne [1] beziehen.

Ob "verwaltungsrechtlicher Vertrag" und "verwaltungsrechtliche Vereinbarung" synonym sind oder etwas Verschiedenes bedeuten, erscheint demgegenüber als eine Frage der Definition [2]. Die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer Unterscheidung der beiden Begriffe kann hier auf sich beruhen, denn verwaltungsrechtliche Vereinbarungen im Sinne von "vertragsförmig, d.h. durch übereinstimmende, auf einen gemeinsam gewollten Erfolg gerichtete Willensäußerungen zustande gekommene Einigungen einer nicht organisierten Mehrheit von Trägern öffentlicher Verwaltung über eine allgemeine Regelung einer unbestimmten Vielheit zukünftiger Fälle" [3] sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Neuerdings sind für den verwaltungsrechtlichen Vertrag Bezeichnungen wie "Verwaltungsvertrag" [4] und "Vertragsakt" [5] aufgetaucht, die jedoch weder üblich geworden noch treffend sind. Die Bezeichnung "Verwaltungsvertrag" macht nicht deutlich, daß damit nur Verträge des Verwaltungsrechts gemeint sind, nicht aber auch andere Verträge der öffentlichen Verwaltung im Bereich des Privat-

---

1) "Öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne ist die mannigfaltige, zweckbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Organe des Gemeinwesens", vgl. WOLFF, VwR I § 2 II, öffentliche Verwaltung im funktionellen Sinne ist "alle Tätigkeit, die von den Verwaltungsorganen eines Gemeinwesens als solchen wahrgenommen wird", so WOLFF, a.a.O. § 2 III b.

2) Dazu einerseits: APELT, Der verwaltungsrechtliche Vertrag S.59 ff., insbesondere S.64, und IMBODEN, S.48; andererseits: WOLFF, VwR I § 25 X ("Rechtsvereinbarung").

3) WOLFF a.a.O.

4) Vgl. STEIN, AÖR Bd.86 S.320 ff.

5) RUPP, DVBl 1959 S.81 ff.; kritisch STEIN, a.a.O. S.320 Fußnote 3

rechts. Der Ausdruck "Vertragsakt" läßt noch weniger erkennen, um welche Art von Verträgen es sich handeln soll. - Es sollte deshalb an dem eingebürgerten und den Sachverhalt am treffendsten kennzeichnenden Begriff "verwaltungsrechtlicher Vertrag" festgehalten werden [1].

2) Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrages vom mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt

Es gibt Verwaltungsakte, die in irgendeiner Form der Mitwirkung des Betroffenen bedürfen. Die mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte können in Verwaltungsakte unterschieden werden, bei denen der Adressat z u s t i m m e n muß [2] und bei denen er sich u n t e r w e r f e n kann [3]. Beim zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt ist die Mitwirkung des Betroffenen rechtsfolge b e d i n g e n d e s Tatbestandsmoment, so daß der Verwaltungsakt bei ihrem Fehlen (schwebend) unwirksam ist. Beim Verwaltungsakt auf Unterwerfung dagegen ist die Mitwirkung des Adressaten rechtsfolge b e g r ü n d e n d e s Tatbestandsmoment, so daß der Verwaltungsakt bei ihrem Fehlen zwar nicht unwirksam, dafür aber rechtswidrig und damit anfechtbar ist [4].

Beide Arten von mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten unterscheiden sich vom verwaltungsrechtlichen Vertrage dadurch, daß bei diesem Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des das Rechtsverhältnis begründenden Aktes in gleichem Maße von der Willenserklärung des Trägers öffentlicher Verwaltung und der Zivilperson abhängen. Die "mitwirkende" Willenserklärung der Zivilperson bedingt darüber hinaus nicht allein Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit des Begründungsaktes, von ihr hängt auch der Inhalt des entstehenden Rechtsverhältnisses ab. Nur der verwaltungsrechtliche Vertrag ist ein "zwei-

---

1) So schon APELT, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920.

2) JELLINEK: "Zweiseitiger Verwaltungsakt".

3) So bereits O.MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, 1.Aufl. 1895, Bd.1 S.98

4) Vgl. zum Vorstehenden WOLFF, VwR I § 48

seitiges" Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne [1].

Zum Wesen des Vertrages und damit auch des verwaltungsrechtlichen gehört es, daß beide Vertragspartner auf die i n h a l t l i c h e Ausgestaltung des zu begründenden Rechtsverhältnisses Einfluß nehmen können. Ein Vertrag liegt deshalb nicht schon dann vor, wenn einem Partner nur die Entscheidungsbefugnis zusteht, o b und m i t w e m er ein Rechtsverhältnis begründen will. Abschlußfreiheit und freie Wahl des Vertragspartners genügen nicht für die Annahme eines (verwaltungsrechtlichen) Vertrages [2]. Auch bei den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten kann die Zivilperson frei entscheiden, ob sie zustimmen bzw. sich unterwerfen will; sie kann auch frei wählen, mit welchem Hoheitssubjekt sie durch Zustimmung bzw. Unterwerfung Rechtsbeziehungen bestimmter Art anknüpfen will [3]. Die freie Gestaltungsmöglichkeit des Vertragsinhaltes ist daher nicht nur "ein praktisch besonders brauchbares Indiz" dafür, daß eine verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung als eine vertragliche anzusprechen ist [4], sondern notwendiges Kriterium. Andererseits ist nicht erforderlich, daß beide Vertragspartner auch tatsächlich auf die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Einfluß genommen haben. Es genügt vollauf für die Annahme eines verwaltungsrechtlichen Vertrages, daß sie dazu die Möglichkeit hatten. Von einem solchen wird man daher auch dann sprechen müssen, wenn die im beiderseitigen Einvernehmen getroffene Regelung eines Lebenssachverhaltes inhaltlich voll und ganz dem entspricht, was die Rechtsordnung bei Vorliegen dieses Sachverhaltes zwingend und durch einseitigen Hoheitsakt zu regeln vorschreibt [5].

---

1) Ebenso WOLFF, VwR I § 48 IV. Indirekt anerkennt dies auch JELLINEK, wenn er in seiner diesbezüglichen Monographie S.107 schreibt: "Die vollendetste Form der Zweiseitigkeit wird endlich beim öffentlich-rechtlichen Vertrage erreicht".

2) A.A. IMBODEN, S.45

3) Beispielsweise kann ein Abiturient frei entscheiden, o b er studieren und b e i w e l c h e r Universität die Immatrikulation beantragt werden soll.

4) So IMBODEN a.a.O.

5) Sogenannte "gesetzesbestätigende Abmachung"; inwieweit allerdings diese zulässig sind, ist eine andere Frage; s. dazu unten S. 81 ff.

3) Unterscheidung des verwaltungsrechtlichen vom privatrechtlichen Vertrage

Die Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen vom privatrechtlichen Vertrage ist praktisch bedeutsam vor allem für die Frage, ob im Streitfalle der Verwaltungs- oder der Zivilrechtsweg einzuschlagen ist. Nach § 40 Abs.1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind [1]. Privatrechtliche Streitigkeiten gehören nach § 13 GVG vor die ordentlichen Gerichte. Da diese grundsätzliche Abgrenzung die Frage offen läßt, was privatrechtliche und was öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist, hat die Rechtslehre die Aufgabe zu klären, wann ein Vertrag, an dem ein Hoheitssubjekt beteiligt ist, dem Privatrecht angehört und wann dem öffentlichen Recht.

1. Das Wesensmerkmal des verwaltungsrechtlichen Vertrages ist nach Ansicht APELTs, daß Gegenstand der Willenserklärungen und Inhalt des entstehenden Rechtsverhältnisses sich auf eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung beziehen, die nur im Rahmen des öffentlichen Rechts erfüllt werden kann [2]. Der Bereich des öffentlichen Rechts wird nach APELT von dem Begriff des "öffentlichen Interesses im spezifischen Rechtssinne" beherrscht; folglich sei dieses für die Beantwortung der Abgrenzungsfrage entscheidend [3].

Was unter öffentlichem Interesse zu verstehen ist, umschreibt WOLFF [4] so: "Wahre öffentliche Gemeininteressen sind die irrtums-

---

1) Bundesgesetzliche Verweisungen an die Zivilgerichte sind beispielsweise enthalten in §§ 40 Abs.2 VwGO und 157 Abs.1 BBauG sowie Art.14 Abs.3 Satz 4 GG.

2) Monographie S.120 ff.; AÖR Bd.84 S.253

3) Monographie S.129 f.; neuerdings hat sich auch WANNAGAT, NJW 1961 S.1193, dafür ausgesprochen, bei der Gruppe der sogenannten koordinationsrechtlichen Verträge auf die Interessentheorie zurückzugreifen.

4) VwR I § 29 III a

frei erkannten Interessen der Gemeinschaft. Sie richten sich auf den Bestand einer friedlichen sozialen Ordnung, die Wahrung der Würde und Ehre des Menschen, die Möglichkeit von Besitz, Eigentum und Rechtsverkehr, die Möglichkeit und Förderung von Bildung und Kultur, kurz die Schaffung oder Bewahrung eines den jeweiligen Verhältnissen entsprechenden materiellen Rechtszustandes." Damit ist der Begriff des öffentlichen Interesses aber so breit geworden, daß er für die Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht nicht mehr in Betracht kommt [1].

Unterscheidungskriterium soll nun nach APELT das öffentliche Interesse "im spezifischen Rechtssinne" sein. Seine Klage, daß bisher noch nicht der Versuch unternommen worden sei, das Verwaltungsrecht umfassend nach diesem Begriff zu durchforschen und aus den gewonnenen Einzelheiten ein Rechtsinstitut aufzubauen, ist heute nicht weniger berechtigt als im Jahre 1920. Nach Lage der Dinge ist mit einer befriedigenden und für Zwecke der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht brauchbaren Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Interesses auch in Zukunft nicht zu rechnen, so daß dieses Merkmal auch als Unterscheidungskriterium für verwaltungs- und privatrechtliche Verträge ausscheiden muß.

2. SALZWEDEL hat den Versuch unternommen, die Grenzlinie zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag mit Hilfe der von ihm entwickelten Subjektionstheorie im weiteren Sinne zu ziehen [2]. Danach sollen Verträge dem öffentlichen Recht angehören, wenn

1. in ihnen Normen hoheitsrechtlichen Inhalts, Hoheitsbefugnisse oder Hoheitsverhältnisse begründet oder gestaltet werden;

2. in ihnen Normen, Rechtsbefugnisse oder Rechtsverhältnisse nicht hoheitsrechtlichen Inhalts begründet oder gestaltet werden, deren Ursprung in einem für den jeweiligen Sachbereich typischen Hoheitsverhältnis besteht;

---

1) Vgl. WOLFF, VwR I § 22 II a 6

2) S.90 ff.

3. in ihnen Normen, Rechtsbefugnisse oder Rechtsverhältnisse nicht hoheitsrechtlichen Inhalts begründet oder gestaltet werden, die eine notwendige Voraussetzung für die Entstehung eines Hoheitsverhältnisses bilden und auf die Entstehung dieses Hoheitsverhältnisses abzielen;

4. in ihnen Normen, Rechtsbefugnisse oder Rechtsverhältnisse privatrechtlichen Inhalts in Ausübung einer Hoheitsbefugnis begründet oder gestaltet werden.

Zunächst ist aber nach SALZWEDEL "die Subjektionstheorie im strengen Sinne auf die mannigfaltigen Erscheinungsformen des öffentlich-rechtlichen Vertrages anzuwenden. Soweit dabei öffentlich-rechtliche Verträge nicht m i t e r f a ß t werden, ist das Kriterium der Über- und Unterordnung begrifflich zu erweitern, bis die wirkliche Grenzlinie zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Vertrag gefunden ist." [1]

Die Theorie SALZWEDELs wird den an eine Unterscheidungstheorie zu stellenden Anforderungen in keiner Weise gerecht. Abgesehen von den generellen Einwänden gegen die Subjektionstheorie im strengen Sinne, die auch SALZWEDEL nicht ausräumt, ist der vorstehenden Theorie entgegenzuhalten, daß jeglicher Hinweis darauf fehlt, wann öffentlich-rechtliche Verträge von der zunächst auszuprobierenden Subjektionstheorie im strengen Sinne e r f a ß t werden und wann n i c h t . Zweifelsohne gibt es Verträge, die, ohne daß es dazu einer tiefsinnigen Unterscheidungstheorie bedürfte, sozusagen auf den ersten Blick und unstreitig diesem oder jenem Rechtsgebiet zugeordnet werden. Eine Unterscheidungstheorie kann hier bestenfalls den Augenschein bestätigen. Ist die Zuordnung aber unsicher oder streitig, dann kommt es auf die Leistungsfähigkeit der Unterscheidungstheorie an. Zwei verschiedene Abgrenzungstheorien, nämlich eine Subjektionstheorie im strengen und eine im weiteren Sinne, sind nur dann zulässig, wenn ein Auswahlprinzip angegeben ist, also eine eindeutige Regel, die bestimmt,

---

1) A.a.O. S.90; Sperrung im Zitat vom Verfasser.

wann diese und wann jene Theorie zum Zuge kommen soll. Daran fehlt es bei SALZWEDEL. Seine Theorie läßt vielmehr befürchten, daß in Zweifelsfällen unbewußte Vorstellungen und Leitideen zu einem subjektiv als sachgemäß empfundenen Ergebnis führen.

3. Völlig abwegig ist die Meinung RUPPs, der die Frage der Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen oder privaten Recht so beantwortet wissen will, wie es Zweckmäßigkeit, Eignung und Praktikabilität erfordern [1]. Eine eindeutige und zweifelsfreie Zuordnung wäre danach nicht mehr möglich. Die Folgen wären Willkür, Verwirrung und Rechtsunsicherheit.

4. Die Theorien APELTs, SALZWEDELs und RUPPs haben gemeinsam, daß sie für die Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen jeweils andere Kriterien aufstellen als für die allgemeine Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht. Das ist systematisch verfehlt, denn das Kennzeichen eines Vertrages des öffentlichen Rechts kann logisch kein anderes sein als das des öffentlichen Rechts überhaupt. Die Suche nach der Grenzlinie zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag hat deshalb mit der Bestimmung des Unterschieds zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht allgemein zu beginnen.

Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht liegt nach WOLFF in einer Verschiedenheit der die Rechtsordnung bildenden R e c h t s s ä t z e , und zwar in einer Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte. Öffentliches Recht ist der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist [2]. Das öffentliche Recht ist durch eine besondere Art von Zuordnungssubjekten charakterisiert: Wenn Zuordnungssubjekt eines Rechtssatzes auch ein Privatrechtssubjekt sein

---

1) RUPP, DVBl 1959 S.86 mit unzutreffender Bezugnahme auf IMBODEN, S.62.

2) WOLFF, VwR I § 22 II c und AÖR Bd.76 S.210. Zustimmend: SCHOEN, DÖV 1955 S.139; MENGER, Verw.Arch. Bd.49 S.276 und Bd.50 S.197; RUPP, DVBl 1958 S.114; KLINGER, VwGO § 40 Anm. B I 1; STERN, AÖR Bd.84 S.312 ff., und wohl, trotz unklarer Formulierung, auch LAUTERBACH in BAUMBACH-LAUTERBACH, § 13 GVG Anm.3.

kann, gehören der betreffende Rechtssatz und die sich aus ihm ergebenden Pflichten, Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse nicht dem öffentlichen, sondern dem Privatrecht an.

"Subjekte hoheitlicher Gewalt" im Unterschied zu den Privatrechtssubjekten sind der Staat, die Religionsgemeinschaften und solche Rechtssubjekte, die durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet sind [1].

N i c h t zum öffentlichen Recht gehören nach WOLFF [2] diejenigen Rechtssätze sowie die darauf gestützten Ansprüche und Rechtsverhältnisse, welche sich eindeutig nicht auf den Staat als Subjekt hoheitlicher Gewalt, sondern auf den Staat als Fiskus beziehen, auch wenn sie ihm Sonderrechte einräumen [3].

Bevor die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrage mittels der "Sonderrechtstheorie" WOLFFs [4] versucht wird, muß zu den vor allem von ZULEEG vorgetragenen Angriffen [5] Stellung genommen werden.

---

1) WOLFF a.a.O.

2) A.a.O.

3) So etwa die Vorschriften der §§ 45 Abs.3, 46, 81, 88, 928 Abs.2, 981, 1936, 1942 Abs.2 BGB und 7 Abs.2 des SchiffsG sowie die besonderen Tarifordnungen der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes; ebenso MENGER, Verw.Arch. Bd.50 S.198; kritisch: KULL, S.21; ZULEEG, S.45, und BETTERMANN, DVBl 1958 S.867, der jedoch die Theorie WOLFFs gegenüber der Subjektionstheorie als "wesentlichen Fortschritt" bezeichnet.

4) BACHOF, AÖR Bd.83 S.229, hat die Unterscheidungstheorie WOLFFs "Zuordnungstheorie" genannt. Diese Bezeichnung ist nichtssagend, denn auch die Subjektions-, die Interessen-, die Subjekts- und alle anderen Theorien befassen sich mit der "Zuordnung" eines Rechtssatzes oder eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen oder privaten Recht. Da das öffentliche Recht S o n d e r r e c h t ist, bietet sich zwanglos die Bezeichnung "Sonderrechtstheorie" an.

5) A.a.O. S.44 ff.; ferner: KULL, S.21; v.TUREGG-KRAUS, S.37 Fußnote 4; BETTERMANN, DVBl 1958 S.867.

Unbegründet ist zunächst der Einwand, die Abgrenzung der Subjekte hoheitlicher Gewalt von den Privatrechtssubjekten als Angelpunkt der Sonderrechtstheorie sei nicht haltbar, weil die Individualität auch der juristischen Personen des Privatrechts durch einen Staatsakt auf Grund eines Rechtssatzes bestimmt werde [1]. Juristische Personen des Privatrechts erhalten durch den Staatsakt ihre R e c h t s f ä h i g k e i t , nicht ihre Individualität. Rechtsfähigkeit und Individualität natürlicher und juristischer Personen müssen streng auseinandergehalten werden. Rechtsfähigkeit ist die Rechtsmacht, Träger von Rechten und Pflichten zu sein; Individualität hingegen bedeutet die Existenz der natürlichen bzw. juristischen Person, die damit identifizierbar und individualisierbar ist. Während die Individualität eines Rechtssubjektes ein Essentiale ist, hat die Rechtsfähigkeit nur die Bedeutung eines Akzidens. Juristische Personen des Privatrechts werden Individuen durch tatsächliches Verhalten von Menschen, etwa durch die Gründung eines Vereins. Rechtssatz und Staatsakt haben nur die Funktion der Anerkennung als Personen im Rechtssinne und der näheren Regelung ihrer Außen- und Innenverhältnisse [2]. Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und öffentlichen Organe demgegenüber erhalten ihre Individualität, d.h. entstehen nur durch Rechtssatz oder Staatsakt, der auch Rechtsform, Zuständigkeit und Tätigkeitsbereich bestimmt [3]. Zwischen Subjekten hoheitlicher Gewalt und Privatrechtssubjekten besteht daher ein deutlicher Unterschied.

Gegen die Sonderrechtstheorie wird ferner vorgebracht, die Eigenschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts beruhe, wo sie nicht - wie bei Gebietskörperschaften und Kirchen - herkömm-

---

1) ZULEEG a.a.O. S.44, der dazu auf §§ 21, 22 BGB, 34 Abs.1 S.1 AktG und 11 Abs.1 GmbHG verweist.

2) Vgl. WOLFF, AÖR Bd.76 S.209

3) Ebenso STERN, AÖR Bd.84 S.318; allerdings irrt STERN, wenn er das Merkmal der Zuerkennung hoheitlicher Gewalt glaubt hinzufügen zu müssen. Da der Begriff der "hoheitlichen Gewalt" nur vom öffentlichen Recht her zu definieren ist, würde sich damit wieder ein Zirkelschluß einschleichen.

lich gegeben sei, auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Verleihung. Es werde nun oftmals eine "willkürliche Einordnung" getroffen. Daher sei die Eigenschaft eines an einem Rechtsverhältnis beteiligten Subjekts als Person des öffentlichen Rechts als grundlegendes Kriterium für die Scheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht ungeeignet [1]. Indem damit unterstellt wird, eine n i c h t -willkürliche, also sachgerechte Einordnung sei möglich, wird übersehen, daß der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht materieller, sondern formeller Natur ist und jeder Rechtsstoff in die Form des öffentlichen wie des privaten Rechts gegossen werden kann [2]. Da der Bestand des öffentlichen Rechts von den geltenden Gesetzen abhängt, wechselt er im Laufe der Geschichte und ist in verschiedenen Ländern verschieden [3].

Schließlich wird zur Widerlegung der Sonderrechtstheorie behauptet, die öffentlich-rechtliche Verwahrung und die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag seien Rechtsmaterien, bei denen das Hoheitssubjekt sich im Bereich des öffentlichen Rechts bewege, obwohl es nach Rechtssätzen berechtigt und verpflichtet werde, die für alle Personen gleich gälten [4]. Dem ist entgegenzuhalten, daß sich die Rechte, Pflichten und Ansprüche der Hoheitssubjekte aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung und öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag nicht aus den Vorschriften der §§ 688 ff. und 677 ff. BGB direkt ergeben, sondern aus gesetzesanaloger Anwendung dieser Normen [5]. Bei Analogie bzw. Induktion entstehen n e u e Rechtssätze, bei der öffentlich-rechtlichen Verwahrung und der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag demgemäß Rechtssätze des öffentlichen Rechts, die ausschließlich Subjekte hoheitlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten.

---

1) ZULEEG, a.a.O. S.45, unter Bezugnahme auf MOLITOR, S.39 f.

2) Ebenso JENTSCH, DÖV 1956 S.299

3) Vgl. WOLFF, VwR 1 § 22 III a und AÖR Bd.76 S.212; ähnlich OVG Hamburg, Urt. v. 18.1.1952, DVBl 1952 S.401, und GIACOMETTI, S.93 ff.

4) ZULEEG, S.46

5) Zu der hier nicht näher zu erörternden Frage, ob die §§ 677 ff. und 688 ff. BGB im öffentlichen Recht analog anzuwenden oder aber Ausdruck auch im öffentlichen Recht geltender allgemeiner Rechtsgrundgedanken sind, vgl. WOLFF, VwR I § 35 V und JZ 1951 S.636; PALANDT-GRAMM, Einf. vor § 688 Anm.4 b; PALANDT-DANCKELMANN, § 278 Anm.5.

Der BGH hat bislang, ohne sich zu einer näheren Prüfung der Sonderrechtstheorie entschließen zu können, an der Subjektionstheorie festgehalten [1]. Demgegenüber scheint die Rechtsprechung des BVerwG im Wandel begriffen zu sein. Während das Gericht in dem Urteil vom 12.1.1955 [2] Rechte und Pflichten dann dem öffentlichen Recht zugerechnet wissen will, wenn es um die Erfüllung "im Interesse der Allgemeinheit" liegender und vom Staat als eine "öffentliche Aufgabe" angesehener sozialstaatlicher Pflichten geht, und noch in dem Urteil vom 7.11.1957 an die "Natur der Sache" anknüpft [3], läßt es in seiner Entscheidung vom 18.10.1960 [4] eine Annäherung an die Sonderrechtstheorie erkennen, indem nicht auf das geregelte Rechtsverhältnis, sondern auf den angewendeten Rechtssatz abgestellt wird. Der weiteren Entwicklung dieser Rechtsprechung darf mit Interesse entgegengesehen werden.

Da das öffentliche Recht der Inbegriff derjenigen Rechtssätze ist, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist, gehört ein Vertrag dem öffentlichen Recht an, wenn und soweit die in ihm enthaltenen Pflichten, Rechte und Ansprüche sich aus einem Rechtssatz ergeben, der notwendig nur ein Subjekt hoheitlicher Gewalt verpflichtet oder berechtigt. Entscheidend ist, auf welchen Rechtssatz der Anspruch bzw. die Verpflichtung gestützt wird. Rechtssatz ist "der geschriebene oder ungeschriebene Ausdruck jeder auf das äußere Verhalten von Menschen bezüglichen abstrakten Anordnung (Norm), die auftritt mit dem Anspruch verbindlich zu sein, weil sie mit dem Rechtsprinzip übereinstimmt, und die als 'positiver' Rechtssatz juristisch und damit in der Regel sozial gilt". [5]

---

1) Vgl. die Urteile v. 5.7.1957, DÖV 1958 S.861, und v. 10.7.1954, NJW 1954 S.1486 = BGHZ Bd.14 S.222

2) BVerwGE Bd.1 S.308 = NJW 1955 S.437 = DVBl 1955 S.258; ebenso das Urteil desselben Senats v. 23.7.1958, BVerwGE Bd.7 S.180 = DÖV 1959 S.107 = NJW 1958 S.2128.

3) BVerwGE Bd.5 S.325 = NJW 1958 S.394 = DVBl 1958 S.864 (m.Anm. v.BETTERMANN) = DÖV 1958 S.304 = MDR 1958 S.183 = JZ 1958 S.473 (s.auch die Anm. v. STERN in NJW 1958 S.683); der Senat verkennt nicht, daß das Merkmal der "Natur der Sache" im allgemeinen unsicher sei, meint aber, es bewähre sich in dem zur Entscheidung stehenden Falle.

4) DVBl 1961 S.207 (m.zust.Anm. v. WOLFF) = MDR 1961 S.86

5) WOLFF, VwR I § 24 II b 1

Die Auffindung des Rechtssatzes, auf den der Anspruch, das Recht oder die Pflicht gestützt wird, kann nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten, denn bisweilen kommen als Anspruchsgrundlage Rechtssätze des öffentlichen Rechts n e b e n solchen des Privatrechts in Betracht. Gute Dienste kann hier der Grundsatz leisten, daß dann, wenn auch nur e i n e Verpflichtung eines Rechtsverhältnisses als dem öffentlichen Recht zugehörig bestimmt ist, das Rechtsverhältnis als ganzes dem öffentlichen Recht zugehören muß, d.h. jede der damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Verpflichtungen und Berechtigungen sowie die Umkehrung und die Abwicklung des Rechtsverhältnisses [1]. Ist daher in einem Vertrage, an dem mindestens auf einer Seite ein Hoheitssubjekt beteiligt ist, etwa zwecks Durchsetzung bestimmter Vertragspflichten und -ansprüche auf die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung oder des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes verwiesen, so kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß das ganze Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Als Grundsatz ist festzuhalten, daß ein Vertrag dann dem öffentlichen Recht angehört, wenn die durch ihn begründeten oder gestalteten Rechte, Pflichten und Ansprüche auf einen Rechtssatz gestützt werden, dessen Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist.

4) Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Die den öffentlich-rechtlichen Vertrag als begrifflich nicht vorstellbar ablehnende Auffassung Otto MAYERs [2] ist schon bald auf wachsenden Widerstand gestoßen. Bereits KORMANN [3], BUDDEBERG [4]

1) WOLFF, VwR I § 22 III h

2) AÖR Bd.3 S.42: "... wahre Verträge des Staates auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts überhaupt nicht denkbar"; freilich konnte O.MAYER nicht umhin, in gewissen Ausnahmefällen, z.B. für das Gebiet des Völkerrechts, den öffentlich-rechtlichen Vertrag doch zuzulassen.

3) System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, S.29 ff.

4) AÖR Bd.47 S.85 ff.

FLEINER [1] und vor allem APELT [2] sprechen sich, freilich mit unterschiedlicher Begründung und in teils engeren, teils weiteren Grenzen, für die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages aus.

In der modernen Rechtslehre ist die Existenz und regelmäßige Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages so gut wie unbestritten [3]. Dabei wird jedoch unterschieden, ob ein Hoheitssubjekt einen Vertrag mit einem anderen Hoheitssubjekt abschließt oder mit einer Zivilperson. Während jene "koordinationsrechtlichen" Verträge im weitesten Umfange zugelassen werden, sollen diese, "subordinationsrechtlich" genannt, nur zulässig sein, wenn und soweit der Hoheitsträger gesetzlich a u s d r ü c k l i c h zum Abschluß des verwaltungsrechtlichen Vertrages ermächtigt ist; eine Abschlußermächtigung sei noch nicht darin zu erblicken, daß ein Gesetz der Behörde bei der Regelung eines Lebenssachverhaltes einen Ermessensspielraum eingeräumt habe [4].

Die Gegenmeinung glaubt bei den subordinationsrechtlichen Verträgen auf das Erfordernis einer rechtsnormativen Zulassung wenigstens für den Bereich der Daseinsvorsorge verzichten zu können [5]. Gleich-

---

1) Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1928, S.209 ff.

2) Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920.

3) A.A. nur, soweit ersichtlich, GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band S.442 ff., und neuerdings BULLINGER, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962.

4) "Normative Ermächtigungslehre"; vgl. STERN, Verw.Arch. Bd.49 S.145 ff. und JZ 1960 S.561; HAUEISEN, DVBl 1961 S.835 ff.; RUPP, DVBl 1959 S.84 und JuS 1961 S.61 f.; JEDLICKA, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht S.111; FLEINER a.a.O.; BayVGH, Urt. v. 19.6.1952, DVBl 1952 S.628 = DÖV 1952 S.731. Zu den Bezeichnungen "koordinationsrechtlich" und "subordinationsrechtlich" vgl. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.1 S.57, sowie STERN, a.a.O. S.143, und WOLFF, VwR I § 44 I a.

5) Vgl. WOLFF, VwR I § 44 I a; SALZWEDEL, S.114 ff.; IPSEN, Öfftl. Subv.Priv. S.99; FORSTHOFF, DVBl 1957 S.725; APELT, Verwaltungsrechtlicher Vertrag S.160 ff.; STEIN, AÖR Bd.86 S.323; BAROCKA, Verw.Arch. Bd.51 S.10 f.; SCHEERBARTH, § 62; ECKERT, DVBl 1962 S.12 unter c; WANNAGAT, NJW 1961 S.1192; RÖSSLER, Die Verwaltungspraxis 1956 S.276; BUDDEBERG, AÖR Bd.47 S.126; OVG Münster, Urt. v. 21.6.1960, OVGE Bd.16 S.12 = DÖV 1960 S.798 = JZ 1961 S.63 = Städtetag 1960 S.619, und Urt. v. 31.8.1960, DÖV 1961 S.557; OVG Lüneburg, Urt. v. 12.1.1956, NJW 1957 S.76; LVerwG für Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.12.1951, DVBl 1952 S.597 f.; ebenso Art.47 wüEVRO.

wohl kennt auch sie Bereiche, die der Gestaltung durch verwaltungsrechtliche Verträge verschlossen sind: Der Abschluß subordinationsrechtlicher Verwaltungsverträge ist den Trägern öffentlicher Verwaltung verwehrt, soweit sie rechtlich zu einseitiger Regelung eines Lebenssachverhalts gezwungen sind. Ferner kann es unzulässig sein, vertraglich eine Gegenleistung für einen begünstigenden Verwaltungsakt zu verlangen, der auch ohne Gegenleistung hätte gewährt werden müssen [1]. Unzulässig ist schließlich der Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages, wenn darin eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes liegt [2]. Allerdings ist der Gleichheitsgrundsatz nicht bereits dann verletzt, wenn Gleiches zwar materiell gleich, formell aber durch Wechsel zwischen Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlichem Vertrag ungleich behandelt wird.

Eine vermittelnde Position zwischen der normativen Ermächtigungslehre und der Gegenauffassung, die STERN [3] geringschätzig "utilitaristisch" nennt, haben FLEINER und IMBODEN eingenommen. Als rechtssatzmäßige Ermächtigung für den Abschluß eines subordinationsrechtlichen Vertrages läßt FLEINER auch die gewohnheitsrechtliche Zulassung genügen [4]. Nach Auffassung IMBODENs haben gesetzlich nicht ausdrücklich zugelassene verwaltungsrechtliche Verträge nicht ihre unmittelbare Ungültigkeit zur Folge, sofern sie zur Daseinsvorsorge gehören. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes enthebe die mit dem Staate kontrahierende Zivilperson der Verpflichtung, die rechtssatzmäßige Grundlage einer vertraglich zugestandenen Leistung zu ermitteln; das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bleibe daher zwar als Postulat bestehen, sei aber bei verwaltungsrechtlichen Verträgen im Bereich der Daseinsvorsorge nicht durchsetzbar [5].

---

1) Vgl. WOLFF, a.a.O.; STEIN, a.a.O. S.326; APELT, a.a.O.

2) IMBODEN, S.66; SALZWEDEL, S.125 ff.

3) Verw.Arch. Bd.49 S.114 ff.

4) A.a.O. S.211 f.

5) IMBODEN, S.75

Die für die Zulässigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages im Subordinationsverhältnis eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung fordernde normative Ermächtigungslehre hat im neueren Schrifttum eine ausführliche rechtstheoretische Begründung vor allem durch STERN [1] bekommen. STERN folgert die Abhängigkeit des subordinationsrechtlichen Vertrages von einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung aus dem " S t u f e n b a u " der Rechtsordnung, wonach in dem nach dem Gewaltenteilungsprinzip verfassungsrechtlich organisierten Staat die jeweils höhere Norm den Geltungsgrund ("die Ermächtigungsbasis") für die rangniedere Rechtsnorm abgibt. So seien die Gesetze Ermächtigungsnorm zur Individualrechtsgestaltung in Form von Urteilen, Verwaltungsakten, Verträgen und anderen Rechtshandlungen. Die sich über die Rechtsgemeinschaft erhebende positivierte Rechtsordnung schalte die Rechtsgenossen "grundsätzlich" von einer originären Rechtsetzung aus; diese seien daher nur insoweit zu einer rechtlichen Gestaltung ihrer Beziehungen befugt, als die übergeordnete Rechtsordnung sie hierzu ermächtige [2]. Rechtsgestaltend tätige Individuen, die einer höheren Rechtsgemeinschaft eingegliedert seien, bildeten Recht nicht mehr originär aus eigener, selbstgeschaffener Ermächtigung, sondern nur derivativ in den Bereichen, die die höhere Rechtsmacht als zu eigener Rechtsformung für verzichtsbetroffen erkläre. Den Bereich dieser freigegebenen Lebenssachverhalte bilden nach STERN die dispositiven Rechtssätze [3]. Eine rechtsnormative Ermächtigung zum Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge verlange nicht nur der Grundsatz der Voraussehbarkeit und Meßbarkeit der Befugnisse der öffentlichen Gewalt, sondern auch der "Gedanke, daß das typische Gestaltungsmittel der öffentlichen Gewalt, der Verwaltungsakt, immer einseitige Anordnung und damit Ausdrucksmittel des Subordinationsverhältnisses schlechthin ist" [4]. Eine rechtssatzmäßige Er-

---

1) Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verw.Arch. Bd.49 S.106 ff.

2) STERN, a.a.O. S.133; ähnlich IMBODEN, S.64 f.: "... geschlossener Delegationszusammenhang".

3) A.a.O. S.134

4) A.a.O. S.140

mächtigung erfordere schließlich auch der Grundsatz der Rechts- und Gesetzesgebundenheit der Verwaltung, um dem Rechtsstaatlichkeitsgebot des Art.20 Abs.3 GG Genüge zu tun [1].

Hinsichtlich der Q u a l i t ä t der geforderten Ermächtigung zum Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages differenziert STERN zwischen koordinations- und subordinationsrechtlichen Verwaltungsverträgen. Erstere seien zulässig, "wenn die in einer Dispositivnorm ausgesprochene Ermächtigung der Behörde nur in der Gewährung eines Ermessensspielraumes besteht, ohne einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ausdrücklich zuzulassen", letztere jedoch nur bei ausdrücklicher Ermächtigung zur vertraglichen Gestaltung; ein Ermessensspielraum hinsichtlich der von der Behörde zu setzenden Rechtsfolge reiche allein nicht aus. Diese für subordinationsrechtliche Verträge strengere Auffassung begründet STERN damit, daß das die öffentlich-rechtlichen Normen charakterisierende Über- und Unterordnungsverhältnis als Gestaltungsakt zur Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Hoheitsträger und "Gewaltunterworfenem" den einseitigen Hoheitsakt verlange, von dem zum Vor- und Nachteil des Staatsbürgers nur dann abgewichen werden dürfe, wenn das Gesetz selbst die Abweichung zugestehe und eine ausdrückliche Ermächtigung zum Abschluß einer einvernehmlichen Regelung erteile [2]. Dieser Ermächtigungsvorbehalt sorge gleichzeitig für die Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes [3].

---

1) Ebenda S.141 unter Bezugnahme auf das Urt. des BVerwG vom 24.10.1956, BVerwGE Bd.4 S.111 = NJW 1957 S.555 = DVBl 1957 S.721 (m.Anm.v. FORSTHOFF), in dem es lakonisch heißt, es gebe keinen allgemeinen Satz des Inhalts, daß die Ausübung der staatlichen Gewalt durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung anders geregelt werden könne, als durch das Gesetz vorgeschrieben, es sei denn, daß im Gesetz selbst solches ausdrücklich zugelassen worden sei. Ähnlich das Urt. des BVerwG v. 26.6.1957, BVerwGE Bd.5 S.128 = NJW 1957 S.1610 = DVBl 1957 S.726 (Vorinstanz: OVG Lüneburg, Urt. v. 12.1.1956, NJW 1957 S.76, mit entgegengesetzter Rechtsansicht); in beiden Urteilen des BVerwG wird die Geltung des Prinzips für den Bereich der Daseinsvorsorge ausdrücklich offen gelassen.

2) A.a.O. S.145 f.

3) A.a.O. S.146; ebenso IMBODEN, S.66 und 74.

Die Frage, ob und inwieweit ein Hoheitssubjekt für den Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge mit Zivilpersonen einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, kann nur dann befriedigend beantwortet werden, wenn sie scharf von der anderen Frage unterschieden wird, ob die öffentliche Verwaltung auch dann, wenn sie nicht in Freiheit und Eigentum des Einzelnen eingreift, sondern gestaltend, pflegend und fördernd tätig wird, an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden ist. Beide Fragen werden von den Vertretern der normativen Ermächtigungslehre nicht immer genügend auseinandergehalten [1].

Die vielschichtige und tiefgreifende Problematik der Frage, ob und inwieweit neben der sogenannten Eingriffsverwaltung auch die gestaltende und leistende Verwaltung einer formell-gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Ermächtigung bedarf, kann hier aus thematischen Rücksichten nur kurz berührt werden.

Nach WOLFF ist die gestaltende und leistende Verwaltung allein dem Grundsatz der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im negativen Sinne unterworfen; konkrete Staatsakte sind fehlerhaft, wenn sie einem gültigen Rechtssatz widersprechen [2]. Eine neuere Lehre verlangt auch für die Leistungsverwaltung Geltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im positiven Sinne, also eine formell-gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Ermächtigung [3]. An die Qualität der geforderten Ermächtigungsnorm werden allerdings unterschiedliche Maßstäbe angelegt. Beachtung verdient dabei die These CRONAUs, wonach für die Bindung der sozialgestaltenden Verwaltung an eine Ermächtigungsgrundlage im rechtstheoretischen Sinne die Sozialstaatsklausel der Art.20 Abs.1

---

1) Ebenso STEIN, a.a.O. S.323 Fußnote 13

2) WOLFF, VwR I § 30 II a

3) Vgl. etwa: MALLMANN, VVDStRL Heft 19 S.174 - 194, S.268 ff.; JESCH, Gesetz und Verwaltung S.204 f. und 226 ff.; CRONAU, Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung, Diss.jur. Münster 1962, S.176; BELLSTEDT, DOV 1961 S.161 ff.

und 28 Abs.1 Satz 1 GG ausreiche, die im Grundgesetz zum Ausdruck gelangten verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen [1] der Demokratie sowie der formalen und materialen Rechtsstaatlichkeit jedoch in Verbindung mit dem Gewaltengliederungsprinzip für bestimmte Verwaltungstätigkeiten zusätzlich eine Ermächtigung durch ein im Vergleich zum Grundgesetz rangniederes Gesetz verlangten. Als eine solche Ermächtigungsgrundlage kann nach CRONAU auch der H a u s h a l t s p l a n gelten, weil er in beschränktem Maße die Anforderungen erfülle, die die Gestaltungsprinzipien der Demokratie sowie der formalen und materialen Rechtsstaatlichkeit an eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung stellten [2]. Damit stimmt CRONAU im Ergebnis mit der herrschenden Lehre überein, die die gestaltende und leistende Verwaltung dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im negativen Sinne und damit unter anderem auch dem Gebot, den Haushaltsplan einzuhalten, unterwirft [3].

Da die Subventionen, soweit sie nicht auf detaillierter, Zweck, Voraussetzungen und Form der Förderung tatbestandsmäßig festlegender gesetzlicher Regelung beruhen, regelmäßig ihre Rechtsgrundlage in gesetzlichen Globalermächtigungen [4] oder doch in der Tatsache der Globalzuweisung von Mitteln im Haushaltsplan [5] finden, genügen sie nicht nur dem nach der herrschenden Lehre für die Leistungs-

---

1) WOLFF, VwR I § 25 II

2) CRONAU, a.a.O. S.76 ff., S.176 f.; ebenso BVerwG, Urt. v. 21.3.1958, BVerwGE Bd.6 S.287; a.A.: STERN, JZ 1960 S.521 ff.; MENGER, Verw.Arch. Bd.52 S.196 ff.; IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.39 f.; BELLSTEDT, a.a.O. S.170; CZERMAK, NJW 1961 S.1760

3) Vgl. WOLFF, VwR I § 30 II b 3; BVerwG, Urt. v. 19.12.1958, NJW 1959 S.1098 = DVBl 1959 S.573 = DÖV 1959 S.706 = MDR 1959 S.602 = BB 1959 S.390, m.weit.Nachw.; ähnlich wie CRONAU auch JESCH, S.227.

4) Vgl. die o. S.8 ff. genannten Prototypen.

5) So die Bundes- und Landesjugendpläne sowie die Studentenförderung nach dem sogenannten "Honnefer Modell"; die oben S.13 Fußnote 4 erwähnten Filmbürgschaften, zu deren Übernahme die Bundesregierung auf Grund eines einfachen, nicht der Qualifikation eines förmlichen Gesetzes genügenden Parlamentsbeschlusses "ermächtigt" wurde, sind eine Ausnahmeerscheinung.

verwaltung geltenden Postulat der Gesetzmäßigkeit im negativen Sinne, sondern werden auch der von der neueren Lehre vorgetragenen Forderung nach einer positiven gesetzlichen Ermächtigung gerecht. -

Die angeschnittene Frage bedarf daher in der vorliegenden Untersuchung keiner weiteren Erörterung.

Einer eindeutigen Lösung harrt dagegen das Problem, ob ein Hoheitssubjekt nur bei Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung sich des Rechtsinstituts des verwaltungsrechtlichen Vertrages bedienen darf.

Die normative Ermächtigungslehre läuft, um ein bekanntes Wort von FORSTHOFF [1] zu gebrauchen, Gefahr, vor Rechtserscheinungen, welche fest in Brauch und Ubung stehen, zu kapitulieren und damit den Zusammenhang mit der Rechtswirklichkeit zu verlieren. Sie scheint zu ignorieren, daß nicht nur die gestaltende und leistende, sondern in gleichem Umfange auch die eingreifende öffentliche Verwaltung seit langem den verwaltungsrechtlichen Vertrag als zulässiges und darüber hinaus höchst praktikables Mittel zur Begründung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse mit Zivilpersonen betrachtet, wie eine Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen, etwa des BVerwG vom 26.6.1957 und vom 24.10.1956 [2], des OVG Münster vom 21.6.1960 [3], des OVG Lüneburg vom 12.1.1956 [4], des Bayerischen VGH vom 19.6.1952 [5] und des LVerwG für Rheinland-Pfalz vom 11.12.1951 [6], deutlich vor Augen führt. Die Verwaltung hat längst erkannt, daß der verwaltungsrechtliche Vertrag sich besser den individuellen, häufig genug atypischen Lebenssachverhalten anpaßt als der typisierende und starre Rechtssatz und daß verwaltungsrechtliche Verträge vorzüglich geeignet sind, langwierige Rechtsstreitigkeiten zu ver-

---

1) VwR S.251
2) Vgl. S.85 Fußnote 1
3) Vgl. S.82 Fußnote 5
4) Vgl. S.82 Fußnote 5
5) Vgl. S.82 Fußnote 4
6) Vgl. S.82 Fußnote 5

meiden oder zu beenden [1]. Dieses "unabweisbare", "vertragsfordernde" [2] Interesse der Verwaltung kann zwar die Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vertrages auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung dogmatisch nicht rechtfertigen, nötigt aber doch zu einer Überprüfung des Standpunktes der normativen Ermächtigungslehre.

Zustimmung verdient zunächst die von STERN vollzogene scharfe Trennung der Frage nach der Verbindlichkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages von der nach seiner Zulässigkeit. Damit ist klargestellt, daß rechtlich verpflichtende Kraft und "tragende Rechtsgrundlage" eines Vertrages streng zu unterscheiden sind [3].

Unbestreitbar ist auch, daß die Rechtsquellen bzw. Rechtssätze nicht unterschiedslos gleichgeordnet nebeneinander stehen, sondern daß unter ihnen eine stufenförmige Rangordnung herrscht. Den höchsten Rang nehmen die fundamentalen Rechtsgrundsätze ein; es folgen die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen, die Verfassung, die förmlichen Gesetze und die Gemeinverordnungen. Rangniedere gehen allen ranghöheren Rechtsquellen nach. Sinn der Rangordnung ist es, die Einheit der Rechtsordnung zu gewährleisten, denn will diese eine rechtliche O r d n u n g des Zusammenlebens der Individuen schaffen, kann sie auf e i n e Rechtsfrage immer nur e i n e richtige Antwort bereithalten und muß für den Fall, daß verschiedene Rechtssätze einen Tatbestand verschieden regeln, eine Bestimmung darüber treffen, welchem Rechtssatz der Vorrang zukommt [4]. Die jeweils höhere Norm in der Stufenordnung hat je-

---

1) Ebenso FORSTHOFF, VwR S.251, und OVG Münster, Urt. v. 21.6.1960, OVGE Bd.16 S.17 = DÖV 1960 S.799

2) SALZWEDEL, S.113; zustimmend: APELT, AÖR Bd.84 S.271 f.

3) STERN, a.a.O. S.131; demgegenüber hat FORSTHOFF, VwR S.253, keine Bedenken, die Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages mit dem Satz "pacta sunt servanda" "als einem integrierenden Bestandteil der abendländischen Rechtsidee und damit unseres gesamten Kultursystems" zu begründen.

4) WOLFF, VwR I § 25 I, § 26 I a und II a

doch nicht die Funktion, den G e l t u n g s g r u n d für die rangniedere Rechtsnorm in dem Sinne abzugeben, daß auch der Vertrag als "derivative Rechtsgestaltung" seinen Geltungsgrund in den ihn zulassenden ("dispositiven") Rechtssätzen der Gesamtrechtsordnung findet.

Der von STERN verwendete Begriff "derivative Rechtsgestaltung", zu dem offenbar abstrakte und generelle Anordnungen in Form von Rechtsverordnungen ebenso gehören sollen wie konkrete, einseitig regelnde oder rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, ist für die Erörterung des anstehenden Problems nicht brauchbar: Abstrakt-generelle Anordnungen (Normen) schaffen für die Rechtssubjekte Rechtsstellungen, also potentielle Rechte und Pflichten; rechtsgeschäftliche oder einseitig regelnde Willenserklärungen aber aktualisieren jene potentiellen Rechte und Pflichten in konkreten Rechtsverhältnissen, sie bilden oder gestalten nicht objektives Recht, sondern subjektive Rechte. Die Behauptung STERNs, rechtsgestaltend tätige Individuen, die einer höheren Rechtsgemeinschaft eingegliedert sind, bildeten Recht nicht mehr originär aus eigener, selbstgeschaffener Ermächtigung, sondern nur derivativ in den Bereichen, die die höhere Rechtsmacht als zu eigener Rechtsformung für verzichtsbetroffen erkläre [1], mag daher zutreffen, sofern die Begründung oder Gestaltung von Rechtssätzen in Rede steht. Daß hingegen die vertragliche Begründung oder Gestaltung s u b j e k t i v e r Rechte von einer ausdrücklichen Ermächtigung durch die "übergeordnete Rechtsordnung" u n a b h ä n g i g ist, folgt aus allgemeinen rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Erwägungen: Keine "höhere Rechtsmacht" kann alle gegenwärtigen oder zukünftigen sozialen Bedürfnisse und Interessenkonflikte der Rechtsgenossen überschauen und insoweit in ein lückenloses System von Ermächtigungsnormen zu rechtsgeschäftlicher Begründung oder Gestaltung subjektiver Rechte einplanen, als sie auf eigene abstrakte Regelung verzichten will oder muß [2]. In Zeiten staatlicher Schwäche

---

1) A.a.O. S.134 unter Bezugnahme auf die Lehre BÜLOWs, KELSENs, NAWIASKYs u.a., Nachweise ebenda.

2) Ähnlich HUSSERL, S.33

oder legislatorischer Zurückhaltung würden die Gesetze fehlen, an denen die Rechtsgenossen ihr rechtsgeschäftliches Handeln orientieren und die sie anwenden könnten [1]; dies würde zu einer gefährlichen Lähmung des gesamten Rechtslebens führen. Soweit die Rechtssubjekte nicht gegen zwingende Gebote und Verbote des objektiven Rechts verstoßen [2], muß es daher ihnen überlassen bleiben, ihre Interessensphären nach eigenem Gutdünken abzugrenzen.

Unzutreffend, weil überspitzt, ist endlich die These STERNs, das die öffentlich-rechtlichen Normen charakterisierende Über- und Unterordnungsverhältnis verlange als Gestaltungsakt zur Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Hoheitsträger und "Gewaltunterworfenem" den einseitigen Hoheitsakt, von dem zum Vor- und Nachteil des Staatsbürgers nur dann abgewichen werden dürfe, wenn das Gesetz selbst die Abweichung zugestehe, indem es eine ausdrückliche Ermächtigung zum Abschluß einer einvernehmlichen Regelung erteile. Richtig daran ist nur, daß die t y p i s c h e Überlegenheit der öffentlichen Verwaltung gegenüber den Zivilpersonen i n d e r R e g e l in der einseitigen, potentiell verbindlichen Anordnung zum Ausdruck kommt. Gleichrangig neben den regelnden stehen jedoch die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der öffentlichen Verwaltung. Der Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge ist sogar wünschenswert, wenn der Erlaß einseitiger Verwaltungsanordnungen nicht gesetzlich vorgeschrieben ist und der Verwaltungszweck sich auch ohne dem erreichen läßt [3]. Diese Erkenntnis war Wegweiser auf einem Pfade, der die Verwaltungsrechtswissenschaft zur Überwindung der Scheu und Zurückhaltung gegenüber dem in seinem Wert verkannten Institut des verwaltungsrechtlichen Vertrages führte. "Machtüberlegenheit des Staates", "Gewaltunterworfenheit der Bürger" und ähnliche Vokabeln lassen befürchten, daß längst als erledigt betrachtete Vorstellungen obrigkeitlichen Staatsdenkens zu neuen Ehren gelangen. Die "Emanzipation" des Einzelnen vom Unter-

---

1) Ebenso HUSSERL, S.37

2) Auf diese Einschränkung muß schon hier mit aller Deutlichkeit hingewiesen werden.

3) WOLFF, VwR I § 44

tan zum Staatsbürger, die auch in dessen Gleichbehandlung mit der Hoheitsverwaltung im Verwaltungsstreitverfahren zum Ausdruck kommt, nötigt dazu, ihm generell die entsprechende rechtliche Stellung den Verwaltungsorganen gegenüber einzuräumen [1].

Die normative Ermächtigungslehre gründet letztlich, worauf FORSTHOFF [2] zutreffend hinweist, auf dem Boden des Rechtspositivismus, da nach ihr unzulässig sein soll, was nicht durch einen positiven Rechtssatz gebilligt wird. Eine solche Auffassung ist mit der Vorstellung von der Eigenständigkeit der vollziehenden Gewalt gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung als den beiden anderen Zweigen der Staatsgewalt unvereinbar. Zwar ist die Verwaltung im Rechtsstaat niemals völlig frei, sondern stets gebunden an das Rechtsprinzip, an die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen und an die ihnen konsonanten Entscheidungen der Regierungsorgane [3]. Die Verwaltung ist aber der Legislative nicht in der Weise unterworfen, daß sie zu einem bestimmten Gestaltungsmittel, etwa dem des verwaltungsrechtlichen Vertrages, nur dann greifen darf, wenn jene ausdrücklich eingewilligt hat.

Wenn es den Subjekten öffentlicher Verwaltung, wie allgemein anerkannt ist, freisteht, ob sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts bedienen, dann ist nicht einzusehen, warum es ihnen bei der Entscheidung für das öffentliche Recht verwehrt sein soll, zu demselben Zwecke sich des Rechtsinstituts des verwaltungsrechtlichen Vertrages zu bedienen [4]. Zweiseitige Rechtsgeschäfte zwischen Subjekten öffentlicher Verwaltung und Zivilpersonen haben ebenso wie das objektive Verwaltungsrecht und einseitige Verwaltungsakte das Ziel, die Einzelinteressen mit den Gesamtinteressen in Einklang zu bringen, was freilich nicht aus-

---

1) Ähnlich OVG Münster, Urt. v. 21.6.1960, OVGE Bd.16 S.16 = DÖV 1960 S.799; APELT, AÖR Bd.84 S.269

2) VwR S.253

3) Vgl. WOLFF, VwR I § 31 III

4) Ebenso RÖSSLER, a.a.O. S.276 (arg. a maiore ad minus)

schließt, daß im Einzelfalle verwaltungsrechtliche Verträge ebenso wie Verwaltungsakte dieses Ziel verfehlen [1].

Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge im Subordinationsverhältnis ist somit auch bei nicht ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung anzuerkennen.

Gleichwohl sind subordinationsrechtliche Verwaltungsverträge nicht unbeschränkt zulässig. Ihr Abschluß ist mit Rücksicht auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im negativen Sinne unzulässig, wenn und soweit die öffentliche Verwaltung innerhalb ihres hoheitlichen Kompetenzbereiches rechtlich zu einseitiger Regelung eines Lebenssachverhaltes gezwungen ist. Ob das der Fall ist, muß gegebenenfalls durch Auslegung des in Betracht kommenden Rechtssatzes ermittelt werden.

Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im negativen Sinne ergeben sich weitere Schranken des verwaltungsrechtlichen Vertrages: Hoheitssubjekte dürfen verwaltungsrechtliche Verträge mit Zivilpersonen nur über solche Sachverhalte schließen, die in ihren hoheitlichen Kompetenzbereich fallen [2]. Verwaltungsrechtliche Verträge dürfen nicht den Bestrebungen der Volksvertretung und den erklärten Zielen der Regierung zuwiderlaufen [3]. Verwaltungsrechtliche Verträge müssen die allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze beachten, insbesondere das Gleichheitsgebot, das Verbot der Sittenwidrigkeit [4], der Befangenheit, der Willkür und des Übermaßes; sie müssen im Einklang mit den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen stehen und den Haushaltsplan einhalten [5].

---

1) STEIN, a.a.O. S.327; SCHEERBARTH, a.a.O. S.97

2) Daraus folgt u.a. das Verbot, den Zwecken zuwider zu handeln, um deren Verfolgung willen das Organ geschaffen ist, und das Gebot, auch positiv die von der Organisation und von dem Organ wahrzunehmenden Interessen geltend zu machen und das sachgerecht zu tun; vgl. WOLFF, VwR I § 30 II b 1.

3) Gebot loyalen Zusammenwirkens und gegenseitiger Förderung aller Staatsorgane untereinander; vgl. WOLFF, a.a.O. § 30 II b 2.

4) Sittenwidrig ist etwa die Ausnutzung faktischer Machtüberlegenheit des einen Vertragspartners über den anderen, also auch eines Trägers öffentlicher Verwaltung über eine Zivilperson.

5) Verbot der Verletzung gültiger Rechtssätze; vgl. WOLFF, a.a.O. § 30 II b 3.

5) Rechtsbeständigkeit und prozessuale Behandlung des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Gegen eine Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages in dem hier vertretenen Umfange gibt HAUEISEN [1] zu bedenken, daß die Verwaltung in der Lage sein muß, sich wechselnden Verhältnissen rasch und wirksam anzupassen. Dem stehe jedoch die Bestandskraft des Vertrages entgegen, von dessen lästigen Fesseln die Verwaltung sich ungleich schwieriger befreien könne als von einem Verwaltungsakt.

Diese Bedenken greifen nicht durch, und zwar nicht nur im Hinblick darauf, daß bei den Verwaltungsakten eine Regel der Unwiderruflichkeit besteht [2], sondern auch deshalb, weil verwaltungsrechtliche Verträge ebenso wie privatrechtliche unter dem stillschweigenden Vorbehalt abgeschlossen werden, daß sich die zugrundeliegenden Umstände nicht wesentlich ändern [3]. Daraus folgt, daß eine bestehende vertragliche Regelung eines Lebenssachverhaltes einer Neuordnung der Materie durch zwingende Rechtssätze weichen muß. Die besondere Interessenlage im öffentlichen Recht verlangt darüber hinaus, daß den Kontrahenten des verwaltungsrechtlichen Vertrages der einseitige Rücktritt nicht nur dann freisteht, wenn sich die tatsächlichen Umstände, die für den Abschluß des Vertrages und seinen Inhalt bestimmend gewesen sind, so verändert haben, daß eine Erfüllung der Vertragspflichten unmöglich geworden ist, sondern auch dann, wenn auf Grund der gewandelten tatsächlichen Vertragsgrundlage eine andere rechtliche Ordnung des Lebensverhältnisses durch die öffentliche Verwaltung notwendig oder auch nur dringend geboten erscheint [4]. Es empfiehlt sich, einen diesbezüglichen Vorbehalt in den Vertrag aufzunehmen.

---

1) NJW 1963 S.146 und DVBl 1961 S.835; ähnlich FORSTHOFF, VwR S.251; STERN, a.a.O. S.147; IMBODEN, S.67; JEDLICKA, S.109

2) Vgl. WOLFF, VwR 1 § 53 II b

3) "clausula rebus sic stantibus"; vgl. APELT, Verwaltungsrechtlicher Vertrag S.217 ff.; FORSTHOFF, VwR S.257; JELLINEK, VwR S.254; OVG Münster, Urt. v. 21.6.1960, OVGE Bd.16 S.17 = DÖV 1960 S.799; OVG Hamburg, Urt. v. 26.9.1956, Verw.Rspr. Bd.9 Nr.33.

4) Ebenso APELT, a.a.O. S.220 ff., und OVG Münster a.a.O.

Die Erfüllung der aus einem subordinationsrechtlichen Vertrage entspringenden Pflichten kann in obrigkeitlicher Weise, also im Wege des Verwaltungszwangs, gefordert und durchgesetzt werden [1].

Da nach § 40 Abs.1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist, sind zur Entscheidung über Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen die Verwaltungsgerichte berufen, soweit gesetzlich nicht etwas anderes bestimmt ist. Mit der Klage kann die Verurteilung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen (Leistungsklage), die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (Feststellungsklage) oder ein rechtserzeugendes oder -vernichtendes Urteil (Gestaltungsklage) begehrt werden [2]. - Da einer Zivilperson zur Durchsetzung ihrer Ansprüche aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrage die Mittel des Verwaltungszwanges nicht zur Verfügung stehen, muß sie im Streitfalle immer die Verwaltungsgerichte um Rechtsschutz anrufen. Gegebenenfalls besteht die Möglichkeit, bei dem Gericht der Hauptsache den Erlaß einer einstweiligen Anordnung zu beantragen [3].

---

1) Ebenso WOLFF, VwR I § 44 I a 2; JELLINEK, VwR S.253; OVG Münster, Urt. v. 21.6.1960, OVGE Bd.16 S.18; OVG Hamburg, Urt. v. 6.8.1954, Verw.Rspr. Bd.8 S.230; a.A. IPSEN, Öfftl. Subv.Priv. S.98.

2) Vgl. KLINGER, VwGO, Anm. vor §§ 42, 43.

3) Vgl. § 123 VwGO.

§ 10 II. Kapitel. Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Subventionsrecht

Die Subventionsverwaltung bedarf anderer Gestaltungsformen als die Eingriffsverwaltung. Weder der einseitig-autoritär regelnde Verwaltungsakt noch die vielfältige Vertragstypik des Privatrechts allein können der im Subventionsrecht geltenden Forderung nach wirtschaftlicher Zusammenarbeit unter gleichzeitiger Berücksichtigung des öffentlichen Interesses hinreichend Rechnung tragen. Erst der individuelle Zuschnitt des durch verwaltungsrechtlichen Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses verspricht eine sachgerechte und damit wirksame Förderung und verhindert, daß der Staat etwas "verschenkt", nämlich überflüssige, übermäßige, zweckwidrige und sinnlose Subventionen gewährt. Gerade im Subventionsrecht steht daher dem verwaltungsrechtlichen Vertrag ein weites Feld offen.

Diese Feststellung darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß dem verwaltungsrechtlichen Vertrage auch im Subventionsrecht rechtliche und tatsächliche Grenzen gesteckt sind, die im folgenden abgeschritten werden müssen.

Ein verwaltungsrechtlicher Subventionsvertrag ist nach den bereits genannten allgemeinen Grundsätzen unzulässig, wenn die Behörde zu einseitiger Entscheidung über "Ob" und "Wie" einer Förderung rechtlich gezwungen ist; subventioniert werden kann dann nur durch Erlaß eines Verwaltungsaktes. Ob ein solcher Zwang vorliegt, ist aus der in Betracht kommenden Rechtsnorm zu ermitteln [1].

Subventionierung auf der Basis eines verwaltungsrechtlichen Vertrages kann nur dann angenommen werden, wenn der beiderseitige Parteiwille das Rechtsverhältnis gleichermaßen konstitutiv gestaltet hat. Das ist nicht bereits dann der Fall, wenn der Subventionsbewerber Gelegenheit hatte, Anregungen und Wünsche vorzubringen.

---

1) Zu einseitigem Handeln ist die Behörde rechtlich gehalten z.B. bei der Gewährung von Miet- und Lastenbeihilfen; vgl. §§ 10-13, 24 der VO v. 22.3.1962 - BGBl. I S.186

Auch dem Erlaß von Verwaltungsakten pflegen Vorbesprechungen oder Fühlungnahmen mit dem Adressaten voranzugehen [1]. Andererseits ist die Annahme eines verwaltungsrechtlichen Vertrages nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Zivilperson als Subventionsempfänger vollständig auf die Bedingungen des subventionierenden Hoheitssubjektes eingeht. Ein entsprechender Vorgang ist auch dem Privatrecht nicht fremd; niemand wird dem so begründeten Rechtsverhältnis deswegen die Vertragsqualität absprechen wollen. Subventionierung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag ist deshalb auch dann denkbar, wenn der Behörde auf Grund ihrer internen Bindung an Verwaltungsvorschriften und innerdienstliche Weisungen kein oder nur ein geringer Spielraum zur Verfügung steht. Es ist allerdings zuzugeben, daß in solchen Fällen die Abgrenzung zum mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt in der Praxis immer wieder auf Schwierigkeiten stoßen wird.

Die Annahme, ein im Zuge einer Subventionierung geschlossener Vertrag gehöre dem öffentlichen Recht an, setzt nicht die Feststellung eines formellen Gesetzes als Rechtsgrundlage der gegenseitigen Rechte, Pflichten und Ansprüche voraus. Ein Vertrag zwischen einem Subjekt hoheitlicher Verwaltung und einer Zivilperson gehört dann dem öffentlichen Recht an, wenn der ihn stützende R e c h t s s a t z notwendig nur Hoheitssubjekte berechtigt oder verpflichtet [2]. Rechtssätze in diesem Sinne sind auch in Regierungs- und Verwaltungsmaßnahmen enthalten, also in Verwaltungsverordnungen, Erlassen und allgemeinen Richtlinien [3]. - Rechtssätze enthält ferner der Haushaltsplan, denn durch ihn wird das betreffende Hoheitssubjekt auf der Ausgabenseite u.a. berechtigt bzw. verpflichtet, Tatbestände zu setzen, die notwendigerweise die bezeichnete Ausgabe herbeiführen, und keine Tatbestände zu setzen, die zur Verausgabung höherer Beträge als der veranschlagten führen [4]. Offen-

---

1) Ebenso STERN, JZ 1960 S.560.

2) Zur Definition des Rechtssatzes vgl. oben S.80; WOLFF, VwR I § 24 II b 1.

3) Ebenso WOLFF a.a.O.

4) Vgl. CRONAU, S.134.

bar genügt aber die Feststellung eines Haushaltstitels und selbst eines formellen, ausschließlich ein Hoheitssubjekt berechtigenden oder verpflichtenden Gesetzes als Rechtsgrundlage nicht für die Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum privaten oder öffentlichen Recht. Bei etatmäßigen Ausgabetiteln ist das evident, denn die Einsetzung eines solchen Titels besagt noch nicht, daß der Betrag nicht in privatrechtlichen Formen ausgegeben werden darf. Aber auch andere Rechtssätze des öffentlichen Rechts hindern die Behörde nicht, in Anwendung und Durchführung dieser Rechtssätze privatrechtlich tätig zu werden [1]. Daher muß als zusätzliches Kriterium eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts angenommen werden, daß zu seiner Begründung und Gestaltung neben der öffentlichrechtlichen Rechtsgrundlage nicht auch Rechtssätze und Rechtsformen des Privatrechts in Anspruch genommen werden.

Durch den Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages erhält der Subventionsbewerber ein volles subjektives öffentliches Recht [2] auf Auskehrung der Subvention. Ein subjektives Recht im engeren Sinne auf Gewährung der Subvention kann auch kraft Gesetzes bestehen, ist jedoch eine Ausnahmeerscheinung, weil die in Betracht kommenden Gesetze in der Regel einen Rechtsanspruch ausdrücklich verneinen. Die entscheidende Hürde für den Subventionsbewerber ist daher die positive Entschließung der Behörde zur Subventionierung, sei es durch verwaltungsrechtlichen Vertrag, sei es auf andere Weise. Eine Verpflichtung des Hoheitssubjektes zur Subventionierung und ein damit korrespondierender Rechtsanspruch des Subventionsbewerbers kann allenfalls aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art.3 GG entstehen, denn bei wesentlich gleichen Sachverhalten muß die öffentliche Verwaltung auch gleiche Rechtsfolgen festsetzen [3]. Die Verweigerung der Subvention mit dem Hinweis darauf, daß die Haushaltsmittel erschöpft sind, verletzt das Gleichheitsgebot nicht, weil sie nicht willkürlich, ohne vernünftigen, sachlich einleuchtenden Grund erfolgt.

---

1) "Verwaltungsprivatrecht", vgl. WOLFF, VwR I § 23 I b

2) Zur Terminologie vgl. WOLFF, VwR I § 43 III

3) Selbstbindung der Verwaltung durch gleichmäßigen Ermessensgebrauch, vgl. WOLFF, VwR I § 31 II d 2; STERN, JZ 1960 S.558; BVerwG, Urteil vom 23.7.1958, BVerwGE Bd.7 S.185.

§ 11 III. Kapitel. Verwaltungs-Rechtshandlungen bei Subventionen

Nach grundsätzlicher Erörterung von Begriff, Wesen und Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages und allgemeiner Einführung dieses Rechtsinstituts in das Subventionsrecht soll in diesem, den Hauptteil der Untersuchung abschließenden Kapitel versucht werden, die Rechtskonstruktion einzelner Subventionsarten und -maßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Vertrages neu zu bestimmen. Die Fülle der Subventionen läßt allerdings eine Beschränkung auf typische Förderungsmaßnahmen angebracht erscheinen.

1) Verlorene Zuschüsse

Bei den verlorenen Zuschüssen gibt es keine generelle Antwort auf die Frage, welche Rechtskonstruktion dieser Art der Subventionierung zugrunde liegt.

Immerhin kann gesagt werden, daß bei einer gesetzlichen Regelung, die bis ins Detail Voraussetzungen, Höhe und sonstige Modalitäten präzis festlegt, für eine vertragliche Gestaltung des Subventionsverhältnisses kein Raum bleibt [1]. Da Zuordnungssubjekt solcher spezial-gesetzlichen Regelungen ausschließlich Subjekte hoheitlicher Gewalt sind, handelt es sich um einstufige, rein öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse auf Grund Verwaltungsaktes. Eine Sonderstellung nehmen dabei die Betriebsbeihilfen für Dieselkraftstoff und Gasöl [2] ein, die nur ausgezahlt werden, wenn die grundsätzliche Beihilfeberechtigung in einem vom zuständigen Hauptzollamt zu erlassenden Verwaltungsakt anerkannt ist. Neben der allgemeinen Anerkennung der Beihilfeberechtigung ist auch die jährlich auf Antrag

---

1) Ebenso IPSEN, Öfftl.Subv.Priv. S.68 ff., und OVG des Saarlandes, Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959 S.709, namentlich für die Gewährung von Ausgleichsbeträgen an Hühnerhalter für das Inverkehrbringen von Eiern (vgl. Gesetz v. 31.3.1956 - BGBl. I S.329)

2) Vgl. o. S.9 Fußnote 1

gewährte Betriebsbeihilfe Inhalt eines Verwaltungsaktes, da Voraussetzung und Höhe des Zuschusses gesetzlich präzis festgelegt ist.

In anderen Fällen hingegen, in denen die Subventionierung durch verlorenen Zuschuß ihre Rechtsgrundlage in einer gesetzlichen "Globalermächtigung", in Verwaltungsvorschriften oder in der Einstellung eines Ausgabepostens im Etat findet, liegt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor, wenn das Rechtsverhältnis unter mitbestimmender inhaltlicher Ausgestaltung durch den Subventionsempfänger zustande kommt. Eine solche Mitgestaltung ist dann anzunehmen, wenn der Subventionierung Verhandlungen zwischen Behörde und Zivilperson voraufgegangen sind u n d diese Verhandlungen nicht nur unverbindliche Sondierungsgespräche, sondern Ausdruck eines Mitbestimmungsrechts des Subventionsempfängers sind. Es spricht manches dafür, die Vorbesprechungen dann als echte Vertragsverhandlungen im Sinne einer mitgestaltenden Einflußnahme des Subventionsempfängers auf das zu begründende Rechtsverhältnis zu beurteilen, wenn gerade auch die öffentliche Verwaltung in Wahrnehmung der von ihr zu verfolgenden öffentlichen Interessen die Subventionierung wünscht [1]. Dementsprechend ist etwa die Rechtsbeziehung zwischen einem eingetragenen Verein, der sozial bedürftige Kinder in Ferienkolonien verschickte, und der öffentlichen Verwaltung, kraft deren jener laufend verlorene Geldzuschüsse erhielt, mit Recht als verwaltungsrechtliches Vertragsverhältnis beurteilt worden [2].

Dieselben Grundsätze gelten auch für Zinszuschüsse, bei denen ebenfalls alles auf die Ausgestaltung im Einzelfalle ankommt.

Eine besondere Erörterung verdient die Tätigkeit der Einfuhr- und Vorratsstellen, soweit es sich dabei um Subventionierung handelt [3].

---

1) Vgl. das Beispiel bei IPSEN, a.a.O. S.69. IMBODEN, S. 156 ff., spricht hier von "aufgabenübertragender Subventionierung", die im Hinblick auf eine vom Empfänger im allgemeinen Interesse wahrgenommene Obliegenheit erfolgt.

2) So OVG des Saarlandes, Urt. v. 6.5.1959, DÖV 1959, S.709

3) S. o. S.9 ff.

Die Einfuhr- und Vorratsstellen sind Anstalten des öffentlichen Rechts [1], verfügen über hoheitliche Gewalt [2] und sind daher Subjekte hoheitlicher Gewalt. Bei der Einfuhrlenkung werden sie auf Grund von Rechtssätzen tätig, die nur sie berechtigen: Durch die Anbietungspflicht des Importeurs entsteht für die EVSt eine "Verfügungsbefugnis" [3]; sie kann ablehnen oder unter Festsetzung eines Übernahmepreises übernehmen. Insoweit bedient sich die EVSt eines nur ihr eingeräumten Sonderrechts und verwirklicht Tatbestände, die so nur von ihr verwirklicht werden können. Die Anbietungspflicht des Einführers und die Verfügungsbefugnis der EVSt sind daher Rechte und Pflichten des öffentlichen Rechts. Auch das durch die Übernahmeerklärung der EVSt b e g r ü n d e t e Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Importeur gehört dem öffentlichen Recht an, denn die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten [4] wurzeln in Rechtssätzen, die ausschließlich die EVSt berechtigen [5]. Dieses öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis beruht auf Verwaltungsakt, nicht auf verwaltungsrechtlichem Vertrag. Dem Importeur ist keinerlei Möglichkeit der Einflußnahme auf die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses gegeben; seine Mitwirkung beim Zustandekommen des Rechtsverhältnisses erschöpft sich in dem rein tatsächlichen Akt der Einfuhr anbietungspflichtiger Erzeugnisse. Alles weitere ist gesetzlich geregelt oder wird von der EVSt einseitig-anordnend festgesetzt. Bei der Einfuhrlenkung erzeugt die EVSt daher durch den Verwaltungsakt der "Übernahme" ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Einführer [6].

---

1) Vgl. § 7 Abs.1 GetrG, § 15 Abs.1 MilchFettG, § 16 Abs.1 ViehFleischG, § 8 Abs.1 ZuckerG ("Einfuhrstelle")

2) Vgl. §§ 8 Abs.5, 15 Abs.2 GetrG sowie § 18 Abs.2 GetrG i.V.m. § 2 der 1. DVO zum GetrG v. 3.2.1951 - BGBl. I S.82

3) Ausdruck bei IPSEN, Konstruktionsfragen S.604

4) Beispielsweise: Das Recht der EVSt, einen "Abgabepreis" festzusetzen; die Verpflichtung des Importeurs, die Erzeugnisse zu diesem Abgabepreis "zurückzukaufen"; das Recht der EVSt, Auflagen zu erteilen und Gebühren zu erheben, usw.

5) Das schließt freilich nicht aus, daß sich die EVSt, etwa "bei der Durchführung ihrer kaufmännischen und technischen Aufgaben" - vgl. § 8 Abs.9 GetrG -, der privatrechtlichen Formen bedient.

6) Im Ergebnis ebenso: IPSEN, Konstruktionsfragen S.602 ff.; ZULEEG, S.87 ff.; HUBER, DÖV 1956 S.355 ff.; EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rd.-Nr.26 a; BVerwG in std. Rechtsprechung.

Eine mit der Einfuhrlenkung verbundene Subventionierung stellt mithin ein durch Verwaltungsakt begründetes öffentlich-rechtliches Leistungsverhältnis dar.

Dieselbe Rechtskonstruktion liegt der Subventionierung durch Frachtkostenzuschüsse gemäß § 3 Abs.1 Satz 2 GetrPreisG zugrunde. Die Vorschrift ist ein Rechtssatz des öffentlichen Rechts, weil Zuordnungssubjekt im Sinne der Sonderrechtstheorie hier nur die Einfuhr- und Vorratsstelle ist. Die Zahlung des Frachtkostenzuschusses ist Inhalt eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses, das durch Verwaltungsakt begründet wird, denn die EVSt entscheidet selbständig und einseitig darüber, ob sie ihre Übernahmeverpflichtung gemäß § 3 Abs.1 Satz 1 GetrPreisG durch Zahlung eines Frachtkostenzuschusses ablösen will. Die Höhe des Zuschusses wird ebenfalls von der EVSt ohne Mitwirkung des Erzeugers einseitig und potentiell verbindlich festgesetzt. Der Subventionierung durch Zahlung eines Frachtkostenzuschusses ist daher ebenfalls der Charakter eines öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses auf Grund Verwaltungsaktes beizulegen.

Erfüllt die EVSt dagegen ihre Interventionspflicht nach § 3 Abs.1 GetrPreisG durch Aufnahme des Inlandsgetreides in die Bundesreserve und Zahlung des gesetzlichen Mindestpreises an den Erzeuger, dann gehört nur die die Übernahme genehmigende Entscheidung dem öffentlichen Recht an [1]; alle weiteren Modalitäten und gegenseitigen Rechte und Pflichten der EVSt und des Erzeugers im einzelnen, etwa Preisberechnung, Lieferfrist, Fracht- und Verpackungskosten, Qualität des Lagergutes usw., werden in einem privatrechtlichen Vertrag geregelt, der als zweite Stufe eines zweistufigen Rechtsverhältnisses angesehen werden muß [2]. Insoweit bedient sich die EVSt nämlich nicht eines nur ihr eingeräumten Sonderrechts, sondern wird auf Grund von Rechtssätzen tätig, die für alle Rechtspersonen gelten können.

---

1) Der ablehnende Bescheid ist deshalb auf dem Verwaltungsrechtswege anfechtbar; ebenso PLEWNIA, NJW 1959 S.1407.

2) Vgl. die Richtlinien zur Durchführung der Interventionspflicht der EVSt für Getreide und Futtermittel zwecks Kauf von Brotgetreide in die Bundesreserve gemäß § 3 des Getreidepreisgesetzes 1958/59 v. 22.8.1958, BAnz Nr.162 vom 26.8.1958. Die Zweistufigkeit des Verfahrens ergibt sich insbesondere aus Nr. II 1 der Richtlinien.

2) Darlehen

Die Subventionierung durch öffentliche Kredite bietet ebenfalls, was die zugrunde liegende Rechtskonstruktion angeht, kein einheitliches Bild. Neben rein öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen finden sich solche zweistufiger Natur. Ähnlich wie bei den verlorenen Zuschüssen gilt der Satz, daß bei detaillierter gesetzlicher Regelung eine vertragliche Gestaltung des Subventionsverhältnisses nur in Ausnahmefällen denkbar ist. Aus diesem Grunde ist etwa die Vergabe von Darlehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen [1] einer einvernehmlichen Regelung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag entzogen. Die Art der gesetzlichen Ausgestaltung dieser Subvention [2] läßt vielmehr keinen anderen Schluß zu als den, daß hier ein zweistufiges Verfahren im Sinne der Zweistufentheorie geschaffen worden ist. Dasselbe gilt für die Eingliederungsdarlehen nach dem Lastenausgleichsgesetz [3].

Jedoch hat in diesem Sektor des Subventionsrechts auch der verwaltungsrechtliche Vertrag seinen legitimen Platz. Dies verkennt das BVerwG in seinem Urteil vom 12.1.1955 [4], dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: In dem Antrag auf Gewährung eines Wiederaufbaudarlehens gemäß den Vorschriften der §§ 13 bis 22 des Ersten Wohnungsbaugesetzes [5] hatte sich der Subventionsbewerber bereit erklärt, die "obere Wohnung ... an einen Umsiedler, der gleichzeitig Bergmann ist, zu vermieten". Das Darlehen wurde unter der "Auflage" zugesagt, die betreffende Wohnung in dem mit Hilfe des Darlehens wiederaufgebauten Haus einer Bergmannsfamilie zur Verfügung zu stellen. Das Gericht wertete die Bewilligung des Wiederaufbaudar-

---

1) Vgl. das Gesetz v. 27.9.1950 - BGBl. I S.684 - mit den dazu ergangenen Durchführungsverordnungen v. 22.12.1950 - BGBl. 1951 I S.69 -, v. 6.8.1951 - BGBl. I S.497 - und v. 11.2.1956 - BGBl. I S.82.

2) § 2 der 1. DVO v. 22.12.1950: "Voraussetzung für die Zusage und die Auszahlung von Wiederaufbaudarlehen im Sinne von § 1 ist ..."; § 1: "Der Bundesminister für Verkehr kann ... Darlehen zusagen und darauf Auszahlungen leisten ..."

3) Ebenso HENZE, S.46.

4) BVerwGE Bd.1 S.308 = NJW 1955 S.437 = DVBl 1955 S.258.

5) Vom 24.4.1950 - BGBl. I S.83 -, nunmehr i.d.F. vom 21.7.1961 - BGBl. I S.1041

lehens als einen mit einer verwaltungsrechtlichen Auflage verbundenen Verwaltungsakt, dem als "Erfüllungsgeschäft" der Abschluß eines privatrechtlichen Darlehensvertrages folgt. Abgesehen davon, daß die zweistufige Konstruktion hier schon deshalb auf Bedenken stößt, weil laut "Tatbestand" ein besonderer Darlehensvertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden ist, erscheint es unzutreffend, die Zusage des Darlehens unter der gleichzeitig eingegangenen Verpflichtung des Darlehensempfängers, Mietverträge nur mit bestimmten Wohnungssuchenden abzuschließen, als einen mit einer Auflage verbundenen Verwaltungsakt zu qualifizieren, weil der das Darlehen zusagende "Verwaltungsakt" von der Rechtmäßigkeit und seine Wirksamkeit von der Erfüllung der "Auflage" abhingen. Die Verpflichtung des Hoheitssubjekts zur Auszahlung des Darlehens und die des Darlehensnehmers, einen Teil des mit Hilfe dieses Darlehens wiedererrichteten Wohngebäudes nur an bestimmte Personen zu vermieten, standen in einem bestimmten Verhältnis der Abhängigkeit zueinander: Die Behörde war zur Zahlung des Darlehens nur unter der Voraussetzung bereit, daß der Darlehensnehmer die Wohnung im ersten Stock einer Bergmannsfamilie zur Verfügung stellte; dieser hingegen wollte sich dazu nur verpflichten, wenn ihm das erstrebte Wiederaufbaudarlehen gewährt würde. Mit einer solchen Auslegung ist die Annahme eines mit einer Auflage verbundenen Verwaltungsaktes unvereinbar [1]. Der Antrag auf Bewilligung des Wiederaufbaudarlehens, in dem der Antragsteller gleichzeitig die Übernahme jener Verpflichtung anbot, konnte daher nur als Angebot zum Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages gewertet werden, die "Bewilligung" des Wiederaufbaudarlehens unter der zitierten "Auflage" demgemäß als Vertragsannahme.

3) Bürgschaften und Refinanzierungen

Bei Bürgschaften und Refinanzierungen ist außer dem Subventionierenden und dem Subventionierten noch ein drittes Rechtssubjekt be-

---

1) Zum Wesen der verwaltungsrechtlichen Auflage und ihrem Verhältnis zu dem sie veranlassenden Verwaltungsakt vgl. WOLFF, VwR I § 49 I d.

teiligt: der Empfänger der Bürgschaftserklärung bzw. des Rückdarlehens. Es bildet sich eine Dreiecksbeziehung, bei der zwischen dem Hoheitssubjekt und dem Subventionsempfänger in der Regel ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts, zwischen dem Hoheitssubjekt und dem Dritten aber ein Rechtsverhältnis des Privatrechts entsteht. Von einer Zweistufigkeit im eigentlichen Sinne kann daher insoweit nicht gesprochen werden, denn es handelt sich um zwei verschiedene Rechtsverhältnisse des Hoheitssubjektes mit jeweils einem anderen Partner [1].

Eine echte Zweistufigkeit liegt nur vor, wenn das Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und dem begünstigten Schuldner sich in eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Stufe aufspaltet. Das ist zwar denkbar, kommt aber nur relativ selten vor.

Sofern zwischen dem bürgenden bzw. refinanzierenden Hoheitssubjekt und dem subventionierten Schuldner überhaupt Rechtsbeziehungen nachweisbar sind, ist es nicht ausgeschlossen, daß diese auch einmal auf einem verwaltungsrechtlichen Vertrage beruhen. Die Rechtsnatur der übrigen Rechtsverhältnisse, nämlich zwischen Hoheitssubjekt und Gläubiger sowie zwischen Gläubiger und Schuldner, bleiben dadurch unberührt.

4) Realförderung

Eine letzte wichtige Gruppe der Subventionen ist die Realförderung, insbesondere die durch bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge [2]. Im Gegensatz zu den übrigen Subventionsarten bietet die Realförderung ein verhältnismäßig einheitliches Bild. Die einschlägigen Vorschriften weichen dem Wortlaut nach nur geringfügig, inhaltlich jedoch überhaupt nicht voneinander ab. Die Bestimmung der Rechtsform, innerhalb deren sich diese Art der Förderung abspielt, ist dadurch nicht unerheblich erleichtert.

---

1) Ebenso ZULEEG, S.71 f.

2) Zu den gesetzlichen Grundlagen der Realförderung vgl. oben S.14

Entscheidend ist, ob die Vergabe eines öffentlichen Auftrages an einen normativ Begünstigten bzw. dessen Nichtberücksichtigung dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist. Die Sonderrechtstheorie kommt zu folgender Lösung: Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages an einen gesetzlich bevorzugten Bewerber entsteht ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, weil die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Trägers öffentlicher Verwaltung und des Subventionierten sich aus Rechtssätzen ergeben, die für alle Rechtssubjekte gelten [1]. Bei der Nichtberücksichtigung eines normativ Begünstigten unterbleibt dementsprechend die Entstehung eines derartigen Rechtsverhältnisses des Privatrechts. Es ergeht aber auch kein Verwaltungsakt, und zwar selbst dann nicht, wenn dem Bewerber die Nichtberücksichtigung durch eine behördliche Mitteilung bekanntgemacht wird; dadurch erfährt der Bewerber nur, daß die Verwaltung den Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages mit ihm abgelehnt hat. Dieser Betrachtungsweise steht nicht entgegen, daß die Rechtssätze, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eine Verpflichtung der öffentlichen Verwaltung zur bevorzugten Berücksichtigung bestimmter Gruppen von Bewerbern aussprechen, öffentlich-rechtlicher Natur sind, denn sie verpflichten ausschließlich Subjekte hoheitlicher Gewalt. Gleichwohl könnte einer auf § 74 BVFG, auf § 12 a BEvG oder auf § 68 BEG gestützten verwaltungsgerichtlichen Klage auf Verurteilung des beklagten Verwaltungsträgers zum Erlaß eines Verwaltungsaktes, der dem Kläger den erstrebten öffentlichen Auftrag zuspricht, kein Erfolg beschieden sein, weil der gesetzlichen Verpflichtung des Hoheitssubjektes, Flüchtlinge, Vertriebene, Evakuierte und Verfolgte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu bevorzugen, keine entsprechende Berechtigung jener begünstigten Personenkreise gegenübersteht. Die Vergabe öffentlicher Aufträge bezweckt zunächst die Versorgung der öffentlichen Verwaltung mit den notwendigen sachlichen Hilfsmitteln. Rechtssätze, die Anordnungen hinsichtlich der sogenannten "Hilfsgeschäfte" der öffentlichen Verwaltung treffen, sind unmittelbar auf die staatliche oder kommunale Organisation gerichtet und berechtigen daher einzel-

---

1) Im allgemeinen wird ein Kauf- oder Werkvertrag gemäß §§ 433 ff., §§ 631 ff. BGB vorliegen.

ne oder Gruppen von Zivilpersonen nicht unmittelbar [1]. Durch die Vorschriften der §§ 74 BVFG, 12 a BEvG, 68 BEG werden die angesprochenen Personenkreise nur passiv begünstigt. Es liegt eine D e s t i n a t i o n vor: Die Verwaltungssubjekte sind verpflichtet, bestimmte Personen zu begünstigen; diesen, den Destinatären, stehen nur minusquamperfekte Berechtigungen zu [2].

Die Subjekte öffentlicher Verwaltung erfüllen die ihnen durch die §§ 74 BVFG, 12 a BEvG und 68 BEG auferlegte Verpflichtung zur Bevorzugung bestimmter Personen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, indem sie diesen die Aufträge erteilen, also z.B. mit einem um den "Auftrag" sich bemühenden Flüchtling einen p r i v a t r e c h t l i c h e n Kauf-, Werk- oder Dienstvertrag abschließen. Der Vertragsschluß wie auch das durch ihn begründete Rechtsverhältnis gehören dem Privatrecht an [3]. Durch diese rein privatrechtliche Betrachtungsweise wird den betreffenden Personenkreisen nicht jeder Rechtsschutz entzogen. Sobald ein normativ Begünstigter einen Antrag auf vorzugsweise Berücksichtigung bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages gestellt hat, muß die Behörde überlegen, ob sie die begehrte Realförderung gewähren will. Sie bewegt sich damit im Bereich der Daseinsvorsorge. Der mit dem gesetzlich begünstigten Antragsteller abzuschließende oder ihm gegenüber abzulehnende privatrechtliche Vertrag ist in den Formen des Privatrechts sich vollziehende ö f f e n t l i c h e Verwaltung, nicht fiskalische Tätigkeit.

"Fiskalische" Verwaltung ist die konkurrierende Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsleben, um Einkünfte zu erzielen, sowie die Ausrüstung der Träger öffentlicher Verwaltung mit den notwendigen sachlichen Hilfsmitteln. Die öffentliche Verwaltung hat hier in der Regel die gleichen Rechte und Pflichten wie jedes an-

---

1) Vgl. WOLFF, VwR I § 43 I b 2; zum Begriff der "Organisation" s. WOLFF, VwR II § 71 I.

2) Vgl. dazu WOLFF, VwR I § 43 III b; FORSTHOFF, VwR S.175: "Rechtsreflexe". Eine ähnliche Auffassung wie hier vertreten OBERMAYER, NJW 1959 S.116, und wohl auch STRASSMANN-NITSCHE, § 74 Anm.1.

3) Ebenso im Ergebnis: ZULEEG, NJW 1962 S.2233; FLESSA, DÖV 1959 S.106

dere Privatrechtssubjekt [1]. - Zwar können sich die Träger öffentlicher Verwaltung der Gestaltungsformen des Privatrechts auch zur Verfolgung öffentlicher Verwaltungszwecke bedienen, unterliegen dann jedoch "etlichen öffentlich-rechtlichen Bindungen" [2]. Die Grenzlinie zwischen fiskalischer Verwaltung und Verwaltungsprivatrecht ist nicht immer leicht zu ziehen, weil öffentliche und fiskalische Zwecke häufig miteinander verquickt sind. Entscheidend dürfte letzten Endes sein, ob das S c h w e r g e w i c h t auf diesem oder jenem Verwaltungszweck liegt [3].

Bei Beteiligung einer gesetzlich begünstigten Privatperson an einem behördlichen Ausschreibungsverfahren erhält der öffentliche Förderungszweck das Übergewicht. Das Subjekt öffentlicher Verwaltung ist deshalb in seinen Entscheidungen nicht mehr völlig frei, sondern kann unter bestimmten Voraussetzungen zum Abschluß des privatrechtlichen Vertrages mit der gesetzlich bevorzugten Privatperson verpflichtet sein. Eine Abschlußpflicht wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn das Vertragsangebot des normativ Begünstigten demjenigen seiner Mitbewerber wirtschaftlich gleichkommt.

Sofern die Behörde einer etwa bestehenden Abschlußpflicht gegenüber einer gesetzlich bevorzugten Privatperson nicht nachkommt und den "Auftrag" einem anderen, nicht begünstigten Mitbewerber erteilt, kann jener den ihm dadurch entstehenden Vertrauensschaden ersetzt verlangen. Der Anspruch ergibt sich aus dem in Rechtsanalogie zu den §§ 122, 179, 307, 309, 463 Satz 2, 663 BGB entwickelten Grundsatz, daß der bloße Eintritt in Vertragsverhandlungen ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis unter den Eintretenden erzeugt, welches die Verhandlungspartner zu einem Verhalten verpflichtet, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern [4]. Ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis in diesem Sinne

---

1) WOLFF, VwR I § 23 1 a 3

2) WOLFF, VwR I § 23 I b: "Verwaltungsprivatrecht"; SIEBERT, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für NIEDERMEYER S.219 ff.: "... das öffentliche Interesse, dem die öffentliche Verwaltung dient, äußert in den Privatrechtsverhältnissen eine modifizierende Wirkung."

3) Ebenso SIEBERT a.a.O.; ähnlich BACHOF, VVDStRL Heft 12 S.55 Fußnote 37.

4) "culpa in contrahendo"; vgl. PALANDT-DANCKELMANN, § 276 Anm.6 a m.weit.Nachw.

besteht auch zwischen der öffentlichen Verwaltung und den Bewerbern um einen öffentlichen Auftrag in einem Ausschreibungsverfahren; diese können bis zu dessen Abschluß davon ausgehen, daß nach den in den Verwaltungsvorschriften und Ausschreibungsbedingungen festgelegten Regeln verfahren wird [1].

Die "öffentlich-rechtlichen Bindungen" der Behörde im Verwaltungsprivatrecht äußern sich bei der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrages an einen bevorzugten Bewerber bzw. bei dessen Nichtberücksichtigung darin, daß die öffentliche Verwaltung sich der Gefahr des Regresses aussetzt. Dadurch ist sichergestellt, daß die aus den §§ 74 BVFG, 12 a BEvG, 68 BEG sich ergebende Verpflichtung der Subjekte öffentlicher Verwaltung zur bevorzugten Berücksichtigung jener Personenkreise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht nur auf dem Papier steht.

Durch die Möglichkeit, wegen rechtswidriger Nichtberücksichtigung bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages Schadensersatzansprüche geltend zu machen, ist den Interessen des normativ begünstigten Bewerbers besser gedient als durch die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges [2], denn nach der Vergabe des Auftrages an einen anderen Bewerber könnte ein verwaltungsgerichtliches Urteil allenfalls feststellen, daß die Behörde verpflichtet gewesen w ä r e , den Auftrag an den Kläger zu vergeben; damit ist diesem jedoch nicht wirklich geholfen.

---

1) Vgl. BVerwG, Urteil vom 8.3.1962, NJW 1962 S.1535 = DVBl 1962 S.563, ablehnend besprochen von MENGER in Verw.Arch. Bd.54 S.98 ff., der von dem "originär öffentlichen Zweck" der Realförderung auf die öffentlich-rechtliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses glaubt schließen zu müssen.

2) So EHRENFORTH, Bundesvertriebenengesetz § 74 Anm.2 d a.E.

§ 12 SCHLUSS

Die in der Untersuchung gewonnenen wichtigsten Ergebnisse können leitsatzartig wie folgt zusammengefaßt werden:

I. Subventionen sind von einer Verwaltungsbehörde an eine Privatperson gewährte unentgeltliche Vermögensvorteile mit Ausnahme der sogenannten indirekten Begünstigungen und der Leistungen im Rahmen der sozialen Fürsorge und der Versorgung.

II. Die Zweistufentheorie sowie die rein privatrechtliche und die rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise sind Rechtskonstruktionen, die nicht alle Subventionierungsmethoden erfassen.

III. Der Zweistufentheorie ist mit Zurückhaltung zu begegnen,

1. weil in der Praxis vielfach ein zweistufiges Verfahren überhaupt nicht feststellbar ist;
2. weil das Verhältnis der beiden Stufen zueinander eine Reihe verwickelter und kaum lösbarer Rechtsprobleme birgt;
3. weil die Zweistufigkeit zu einer unübersichtlichen Häufung von Rechtsverhältnissen führen kann;
4. weil der Rechtsschutzgedanke in der Regel daran scheitert, daß ein Rechtsanspruch gesetzlich ausdrücklich versagt ist.

IV. Die rein privatrechtliche Betrachtungsweise ist abzulehnen,

1. weil sie nicht zwischen fiskalischer Verwaltung und Verwaltungsprivatrecht unterscheidet;
2. weil Hoheitssubjekte Verwaltungsakte auch erlassen können, wenn sie dazu gesetzlich nur ermächtigt, nicht aber auch verpflichtet sind;

3. weil Amtshaftungsansprüche gemäß Art.34 GG in Verbindung mit § 839 BGB nur bei öffentlich-rechtlicher Tätigkeit des Hoheitssubjektes gegeben sind.

V. Die rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise bleibt unbefriedigend,

1. weil die modifizierte Subjektionstheorie zur Unterscheidung des öffentlichen vom privaten Recht ungeeignet ist;
2. weil nur ein Teil der Subventionen öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnisse auf Grund Verwaltungsaktes darstellt.

VI. Der im Subventionsrecht geltenden Forderung nach wirtschaftlicher Zusammenarbeit unter gleichzeitiger Berücksichtigung des öffentlichen Interesses wird am ehesten der verwaltungsrechtliche Vertrag gerecht.

VII. Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag setzt voraus, daß beide Vertragspartner auf die inhaltliche Ausgestaltung des zu begründenden Rechtsverhältnisses Einfluß nehmen können.

VIII. Ein Vertrag gehört dem öffentlichen Recht an, wenn und soweit die in ihm enthaltenen Pflichten, Rechte und Ansprüche sich aus einem Rechtssatz ergeben, der notwendig nur ein Subjekt hoheitlicher Gewalt verpflichtet oder berechtigt.

IX. Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge ist nicht an eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung gebunden.

X. Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen kommt der "clausula rebus sic stantibus" besondere Bedeutung zu.

XI. Subventionen in Form von verlorenen Zuschüssen, Darlehen, Bürgschaften und Refinanzierungen können beruhen auf: Verwaltungsakten, verwaltungsrechtlichen Verträgen, privatrechtlichen Verträgen und zweistufigen Rechtsverhältnissen.

XII. Die "Übernahmeverträge" der Einfuhr- und Vorratsstellen sind Verwaltungsakte, die ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen der Einfuhr- und Vorratsstelle und dem Importeur begründen.

XIII. Die Realförderung gehört in den Bereich des Verwaltungsprivatrechts. Ein Rechtsanspruch des normativ Begünstigten besteht in der Regel nicht.

L e b e n s l a u f

Ich bin am 15. Dezember 1936 in Bremen als ältester von drei Söhnen des Kaufmanns Hermann Janknecht und seiner Ehefrau Anna geb. Naß, beide aus Meppen/Ems, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach fünfjährigem Besuch der Volksschule in Bremen und Bernsbach (Erzgebirge) legte ich 1947 die Aufnahmeprüfung für die höhere Schule ab und besuchte dann 8 Jahre lang das humanistische Alte Gymnasium zu Bremen. Am 10. Februar 1955 bestand ich dort die Reifeprüfung.

Ein achtsemestriges Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster habe ich am 9. April 1960 durch das erste juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt in Hamm/Westf. abgeschlossen.

Seit dem 1. Juni 1960 befinde ich mich im Bezirk des Hanseatischen Oberlandesgerichts Bremen im juristischen Vorbereitungsdienst.

Druck: Walter Kleikamp, Köln, Kurfürstenstraße 12-14, Ruf 39578

Fadenheftung!

Druck: Walter Kleikamp, Köln, Kurfürstenstraße 12-14, Ruf 39578

Fadenheftung!